Über den

# Entzug der väterlichen Gewalt im römischen Recht

Eine Widerlegung der herrschenden Lehre

**Inaugural-Dissertation**

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

**Hans Stockar**
aus Zürich

**Zürich**
Druck von Schulthess & Co.
1902

Über den

# Entzug der väterlichen Gewalt im römischen Recht

Eine Widerlegung der herrschenden Lehre

Inaugural-Dissertation

zur

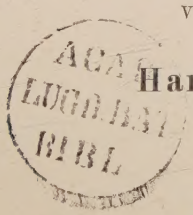
Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

**Hans Stockar**
aus Zürich




**Zürich**
Druck von Schulthess & Co.
1902

Meiner Mutter

# Vorwort.

Die vorliegende Dissertation sollte ursprünglich den romanistischen Abschnitt des historischen Teils einer grösseren rechtsvergleichenden Abhandlung bilden, welche unter dem Titel: „Der Entzug der väterlichen Gewalt wegen Verwahrlosung und Misshandlung des Kindes nach den bedeutendsten Gesetzgebungen Europas und Nord-Amerikas“ eine eingehende Erörterung sämtlicher in diese Materie einschlagender Fragen bezweckte. Das Fehlen einer Monographie über dieses wichtige Kapitel moderner Sozial- und Kriminalpolitik machte das Erscheinen einer diesbezüglichen Abhandlung wünschenswert.

Leider gelangte ich nach anderthalbjähriger Arbeit zu der Überzeugung, dass in dem geplanten Umfange eine Fertigstellung der Abhandlung als Dissertation bis zu dem mir vorgenommenen Termine unmöglich sei, und dass mir zudem eine Menge praktischer Kenntnisse und Erfahrungen fehlen, die ich zu einer erfolgreichen kritischen Bearbeitung der neuesten Gesetzgebungen für absolut notwendig erachten muss. Durch das liebenswürdige Entgegenkommen des Herrn Professor Bernhöft in Rostock wurde mir gestattet, den vorliegenden romanistischen Teil als selbständige Abhandlung einer hohen Juristen-Fakultät zu Rostock zur Erlangung der Doktorwürde einzureichen.

Ich gebe der Hoffnung Ausdruck, dass es mir später gelingen wird, das mir lieb gewordene Thema in der von mir erstrebten Art und Weise bearbeiten und veröffentlichen zu können.

**Der Verfasser.**

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0008

Allgemein ist die Ansicht verbreitet, dass nach römischem Recht in gewissen Fällen wegen Missbrauch der väterlichen Rechte, wegen Nichterfüllung der elterlichen Pflichten der Vater eine Einschränkung oder einen Verlust der *patria potestas* erleidet.

Diese Behauptung lässt sich unseres Erachtens nicht aus den für sie angeführten Belegstellen erweisen. Sie widerspricht zudem einem Prinzip, das sich aus der juristischen Konstruktion der römischen *patria potestas* ergibt.

Die rechtliche Gestaltung der römischen *patria potestas* und diejenige der väterlichen, resp. elterlichen Gewalt unserer modernen Gesetzbücher gehen von grundverschiedenen Gesichtspunkten aus.[1]

Die moderne väterliche Gewalt lässt sich als eine Summe von Rechten definieren, die dem Vater vorzüglich deswegen zugestanden werden, damit er seinen gesetzlich ihm auferlegten Pflichten, deren vornehmste die Erziehungspflicht ist, nachkommen kann.[2] Die Erfüllung dieser Pflichten interessiert das

---

[1] Die Benennung beider Institute mit demselben terminus technicus hat die Erkenntnis dieser Verschiedenheit erschwert. «Wo Namen für Rechtsbegriffe bestehen bleiben, während ihr Inhalt sich ändert, liegt der Fehler unendlich nahe, den Begriff nach einer vielleicht längst überholten Stufe der Entwicklung zu bestimmen, was dann zur Verzerrung oder Zusammenquetschung, wenn nicht gar zur völligen Nichtbeachtung alles dessen nötigt, was in dem zu eng gefassten Rahmen des Begriffs nicht Platz findet». (Pfaff, in den Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages II, p. 194).

[2] Am schärfsten kommt dieser Standpunkt zum Ausdruck in einem Tochterrechte des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches, dem Civilgesetzbuch von Bern vom 23. Dezember 1824, Satz 153: «Die Rechte, welche den Eltern zustehen, um sie in den Stand zu setzen, ihre Pflichten gegen die Kinder zu erfüllen, machen die elterliche Gewalt aus».

moderne Gemeinwesen in ebenso hohem Masse wie das Kind selbst, sie liegt dem Vater nicht nur gegenüber diesem, sondern auch gegenüber dem Staate ob. Erfüllt er sie nicht, so greift der Staat nicht etwa als Obervormund und Beschützer des Kindes, sondern als Selbstverletzter in eigenem Interesse, aus eigenem Rechte in die väterlichen Befugnisse ein, um durch deren Entzug bereits eingetretenen Schaden korrigieren zu können, künftigen zu verhindern. Die personenrechtliche Seite der väterlichen Gewalt ist im modernen Rechte durch die rechtliche Sanktion der Pflichten stark von öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten beeinflusst worden.

Im Gegensatz hierzu ist der Ausgangspunkt der römischen Konstruktion ein rein privatrechtlicher. Die *patria potestas* ist eine rein privatrechtliche, ursprünglich völlig unbeschränkte Herrschaftsbefugnis des Vaters über das Kind. Nirgends kommt die Masslosigkeit der Macht, die Ihering[3] als das spezifisch römische Moment des alten Privatrechts bezeichnet, für unser modernes Empfinden stärker zum Ausdruck als in der juristisch abstrakten Gestaltung der *patria potestas*. Mit dieser Macht eine gleichzeitige Pflicht zu verbinden, im Interesse Dritter die Pflicht zur Basis des Rechtes, zur rechtlichen Schranke der Rechtsausübung zu machen, widerstrebt der altrömischen Auffassung.[4] „Die Pflicht ist der sittliche unsichtbare Regulator der Rechtsausübung“,[5] der Gesichtspunkt der Pflicht mag in Wirklichkeit der bestimmende gewesen sein, bestimmend nicht nur für die Handhabung, sondern auch für die ganze Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Kind.[6] Dass er das wird, dafür sind tatsächliche Garantien vorhanden. Neben der natürlichen Liebe ist vor allem zu erwähnen ein aus der Bedeutung der Familie für die Existenzmöglichkeit ihrer Mitglieder resultierender Familiensinn und Familienstolz, wie er unserer Epoche

---

[3] Geist des römischen Rechts II, 1[5] p. 297.
[4] Ebenda p. 296.
[5] Ebenda p. 297.
[6] Ebenda p. 217.

unbekannt ist, ferner religiöse Normen und die Kontrolle äusserer Mächte, in ältester Zeit der Genossen derselben *gens*, später der Censur und der Familiengerichte, endlich das Urteil der öffentlichen Meinung.[7] Das Recht setzt der Ausübung der *patria potestas* keine Schranken entgegen,[8] rechtlich erscheint sie als eine „rein selbstnützige und in ihrem Umfange lediglich durch das Interesse des Vaters bestimmte Gewalt",[9] als ein reines Privatrecht, über welches der Berechtigte, aber nur er allein, disponieren kann.[10]

Aus dieser rein privatrechtlichen Konstruktion der *patria potestas* ergibt sich das oben angedeutete, mit der herrschenden Lehre unvereinbare Prinzip: Nur der Wille des Vaters kann über die Beendigung der väterlichen Gewalt entscheiden. Dies Prinzip hat das römische Recht nie, auch nicht auf der letzten Stufe seiner Entwicklung aufgegeben.

Der Kreis der väterlichen Machtbefugnisse musste sich notwendigerweise verengern, als einerseits die oben erwähnten durch die Sitte geleisteten Garantien gegen Missbrauch in Wegfall kamen und keineswegs in einer wachsenden Moral Ersatz fanden, andererseits wirtschaftliche, soziale, religiöse, politische Einflüsse nicht mehr wie zu Anfang der römischen Geschichte die Familienglieder zu engem Zusammenhalten zwangen, die Machtstellung des Vaters stärkten, sondern vielmehr dazu angetan waren, die Familienbande zu lockern, die weitgehende

[7] Über diese Garantien und die tatsächliche Gestalt der *patria potestas* vgl. Ihering a. a. O. p. 211 ff.; Voigt, XII Tafeln II p. 269 ff.

[8] Die von Dionys 2, 15 erwähnte *lex Romuli*, nach welcher das Aussetzungsrecht auf Töchter mit Ausschluss der erstgeborenen beschränkt ist und bei Zuwiderhandeln der Verlust des halben Vermögens angedroht wird, kann nach Mommsen (Römisches Strafrecht p. 619) nur Priestervorschrift mit Ansetzung einer pontificalen Busse sein, da in der staatlichen Rechtsordnung die Aussetzung des Kindes als anerkanntes Recht des Vaters erscheint. (Vgl. daselbst A. 4). Ebenso Sohm, Institutionen [10] p. 459. A. M. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, p. 81.

[9] Windscheid, Pandekten [8] § 513.

[10] Vgl. Brinz, Pandekten I[1] § 22 p. 48; Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte p. 52.

Gewalt des Familienhauptes einzudämmen.[11] Die alte römische *patria potestas* besteht aber noch auf einer Stufe der kulturellen und staatlichen Entwicklung, auf welcher angelangt kein anderes Volk mehr in demselben Umfange dem Vater Rechte einräumt,[12] ein Phänomen, welches nur zum Teil aus Zuständen und Ansichten erklärt werden kann, die in Rom sich vorfanden,

[11] Einige der wichtigsten dieser Momente mögen durch Stichworte einander gegenüber gestellt werden. Näher kann hier nicht auf diese Entwicklung eingetreten werden. *a.* Ackerbau durch die Familie selbst (vgl. hiezu Bernhöft in Birkmeyers Encyklopädie p. 528); später Sklavenwirtschaft; *b.* Altrömische Religion, welche den Vater als geheiligten Priester an die Spitze des Hauses stellt, gegenüber fremden Kulten, namentlich dem Christentum; *c.* Familienstaat gegenüber kaiserlichem privaten Machtkreisen feindlichem Absolutismus.

Zu *b* mag gegenüber der namentlich in der französischen Literatur sich breitmachenden «theologisierenden Rechtsgeschichte», welche dem Einfluss des Christentums eine gänzliche Umgestaltung der väterlichen Gewalt zu Gunsten der Kinder zuschreibt, bemerkt werden, dass von einer Einwirkung der religiös-sittlichen Ideen der neuen Religion auf die materielle Gesetzgebung der Kaiserzeit, namentlich auf die privatrechtliche, so gut wie nichts zu spüren ist. (Derselben Meinung Bruns-Pernice in Holtzendorffs Encyklopädie [5] p. 163; Löning, Geschichte des deutschen Kirchenrechts im Mittelalter I p. 316 A. 1). Die vom Christentum an den Tag gelegte Verachtung der natürlichen Bande des Blutes konnte unseres Erachtens auch unmöglich eine rechtliche Sanktion der Elternpflichten bewirken, vgl. Lukas 14, 26; 12, 51 ff.; 14, 12; 8, 19—21; Matthäus 12, 46—50; 19, 27 ff.; Markus 3, 31—35, welche Stellen die damalige Kirche im Gegensatz zur modernen Kompromiss-Theologie wörtlich interpretierte. So wird es in Cassians de coenobiorum institutis (IV, 27) von einem Vater als besonders bewundernswert hervorgehoben, dass er, um seine ganze Liebe Christus geben zu können, seinen achtjährigen Sohn gänzlich verwahrlosen liess, ja nicht zögerte, denselben auf Befehl der Mönche zu töten (cit. von Paulsen, System der Ethik I [4] p. 79). Andere Beispiele, wo Heilige wegen Vernachlässigung ihrer Verwandten ausdrücklich gepriesen werden, finden sich in Hartpole Lecky, Sittengeschichte Europas von Augustus bis auf Karl den Grossen, deutsch von Jolowicz, II 99 ff (cit. von Paulsen ebenda).

[12] Auf Grund der durch die rechtsvergleichende Wissenschaft gewonnenen Resultate kann der Satz des Gaius (I, 55) „*nulli alii sunt homines, qui talem habent potestatem, qualem nos habemus*“ nicht auf das älteste Recht angewandt werden. Dieses unterscheidet sich bezüglich des Umfanges der väterlichen Rechte im wesentlichen nicht von andern Urrechten. Ebenso Bruns-Eck in Holtzendorffs Encyklopädie [5] p. 536.

aber nirgend anderswo wiederkehren. Erst zu Ende der Republik beginnt der Einschränkungsprozess. Derselbe nimmt jedoch keinen planmässigen Fortgang, vor allem ersetzt er den ursprünglichen Ausgangspunkt der Konstruktion der *patria potestas* durch keinen andern. Das Recht, das Interesse des Vaters bleibt das die Regelung des Verhältnisses überwiegend bestimmende Moment, wenn auch der Gedanke, die väterliche Macht sei zugleich eine dem Kinde vorteilhafte Schutzgewalt in dem Einwilligungsrecht des Kindes zur Emancipation zum rechtlichen Ausdruck kommt.[13] So weit Pflichten des Vaters zur rechtlichen Anerkennung gelangen, sind es solche vermögensrechtlicher Natur. Zum Teil gehören sie ins Erbrecht, zum Teil beruhen sie nicht auf dem Verhältnis des Vaters, sondern auf dem der Verwandtschaft. Sie können nicht als Korrelate der personenrechtlichen Rechte des Vaters aufgefasst werden.[14] Vor allem ist nie eine rechtliche Sanktion der Erziehungspflicht erfolgt, aus deren Verletzung sich ein Recht des Staates, im gegebenen Falle die Aufhebung der *patria potestas* zu verfügen, ableiten liesse.[15] Nur der Umfang der väterlichen Gewalt ist eingeschränkt worden, ihren juristischen Charakter als reines Privatrecht, über dessen Beendigung nur der Berechtigte entscheiden kann, hat sie behalten.

Politische Rücksichten haben Justinian dazu geführt, ausnahmsweise in zwei Fällen dies Prinzip zu durchbrechen,[16] nie jedoch konnte von rechtlichen Erwägungen ausgehend der Staatsgewalt ein Recht zuerkannt werden, zur Wahrung der Interessen

[13] Paulus Sent. 2, 25, 5. „*Filius familias emancipari invitus non cogitur*". Vgl. auch Celsus l. 5 D. de adopt. 1, 7.

[14] A. M. Brinz, Pandekten III [2] § 457 II, p. 602 ff.

[15] vgl. aber Brinz a. a. O. p. 614.

[16] Der Bischof und der Patricius sind eo ipso *sui iuris* (§ 4 J. quibus modis ius pot. solv. 1, 12; l. 5 C de cons. 12, 3). Die *inauguratio* des *flamen Dialis* und die *captio* der *virgo Vestalis* im alten Recht ist diesen Fällen nicht gleichzustellen. Vgl. über den Grund des Gewaltunterganges in diesen 2 letztern Fällen namentlich Voigt a. a. O. § 99, ferner Karlowa a. a. O. p. 264.

des Kindes und der Gesellschaft den Vater wider seinen Willen seiner Gewalt zu entkleiden, wegen pflichtwidrigen pietätlosen Verhaltens oder wegen Unfähigkeit desselben, von seinen Rechten einen zweck- und vernunftgemässen Gebrauch zu machen.[17]

In dem einzigen Falle, in welchem die Quellen uns ein die Trennung des Kindes vom Vater bezweckendes Einschreiten der Staatsgewalt überliefern, wird ängstlich daran festgehalten, dass diese nur durch einen Willensakt des Vaters erfolgen kann. Daher erscheint als einzig möglicher Weg, die Trennung im Interesse des Kindes zu bewirken, der Zwang zur Emancipation:

l. 5 D. si a parente 37, 12: Papinianus l. 11 quaestionum:

*Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare.*

Nicht die gröbliche Misshandlung des Sohnes, also nicht die Tat des Vaters, noch ein Urteil, sondern die Vornahme der Emancipationshandlungen durch den Vater bewirkt die Aufhebung der väterlichen Gewalt. Weigert sich der Vater dem Zwange zu gehorchen, so bleibt der misshandelte Sohn in seiner Gewalt. Praktisch mag ja allerdings eine solche Weigerung kaum vorkommen. Dürfen wir aber deswegen annehmen, „dass sich in dieser Stelle ein Prinzip aussprechen soll, umsomehr, da ja sogar bei Sklaven ganz ähnliche Grundsätze eintreten“,[18] ein Prinzip, nicht nur dahingehend, dass wegen gröblicher Misshandlung *extra ordinem* die Emancipation erzwungen werden kann, sondern, „dass nach Analogie dieses Falles der Richter

[17] Wegen dieses Prinzipes kann auch nach römischem Recht wegen Unfähigkeit weder der *furiosus* noch der *prodigus* die väterliche Gewalt verlieren (l. 8 D. de his qui sui 1, 6).

[18] Vangerow, Pandekten I 7 § 257 A. 1 c, p. 479.

auch in andern Fällen nach seinem Ermessen den Zwang zur Emancipation eintreten lassen darf",[19] dass ganz allgemein „wegen Missbrauch der väterlichen Gewalt der Vater zu der Emancipation gezwungen werden kann"?[20] Dürfen wir auf Grund dieser Stelle der römischen Staatsgewalt die Möglichkeit einräumen, effektiv nicht viel weniger, als es die moderne Kinderschutzgesetzgebung gestattet, zu Gunsten der Kinder in die elterlichen Rechte eingreifen zu können, wenn auch juristisch weder von einem Entzuge noch von einer Verwirkung der Gewalt gesprochen werden kann?

Eine so weit gehende Interpretation der l. 5 D. 37, 12 scheint uns ausgeschlossen. Es ist überhaupt fraglich, ob dieser Stelle auch nur eine engere prinzipielle Bedeutung zukommt.

Keinesfalls kann unseres Erachtens auf eine solche geschlossen werden „aus ähnlichen Verhältnissen, die für Sklaven gelten", was nur heissen kann, aus dem Recht des Staates, den Verkauf des misshandelten oder prostituierten Sklaven zu erzwingen.[21] Der Schutz des Sklaven gegen Grausamkeit und Unsittlichkeit des Herrn hat eine durchgreifende Regelung erfahren,[22] weil in der spätern Zeit das faktische Verhältnis zwischen Herrn und Sklaven nicht mehr wie in alter Zeit genügende Garantien gegen Missbrauch der *dominica potestas* bot.[23] Die Lebensverhältnisse des Sklaven aber sind in der Kaiserzeit von denen des Hauskindes so himmelweit verschieden, dass an eine analoge Sicherung beider gegenüber ihrem Gewalthaber gar nicht gedacht werden kann. Das Schutzbedürfnis des Sklaven

---

[19] Mühlenbruch, Fortsetzung des Glückschen Kommentars Bd. 37 p. 419; dagegen m. R. Sintenis, d. gem. prakt. Civilrecht III [1] p. 172 A. 18; Vangerow a. a. O. p. 480.

[20] Windscheid a. a. O. § 525 A. 13.

[21] § 2 J de his qui sui 1, 8.

[22] l. 1 § 8 D. de off. praef. urb. 1, 12; l. 2 D de his qui sui 1, 6; § 2 J de his qui sui 1, 8. Vgl. Walter, Gesch. des röm. Rechts [2] § 443; Pernice, Labeo I p. 113 ff.

[23] Vgl. Ihering a. a. O. p. 172 ff.

ist unendlich grösser als das des Kindes und deswegen seine rechtliche Berücksichtigung viel naheliegender, nicht aber umgekehrt, wie Vangerow anzunehmen scheint. Diese Berücksichtigung konnte auch ohne Bedenken erfolgen, da eine Trennung des Sklaven von der Person des Herrn zwecks Sicherung gegen fernere Unbill ohne erhebliche Rechtsverletzung herbeigeführt werden konnte; wird doch der *dominus* nur gezwungen, einen Vermögenswert gegen einen andern aequivalenten einzutauschen *(servos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur).*[24] Ganz anders verhält es sich mit der Anerkennung eines Zwangsrechtes zur Emancipation des Kindes. Abgesehen von der Scheu des römischen Staates, ins Familienleben einzugreifen, ist ein Ersatz für die zwangsweise aufgegebene väterliche Gewalt undenkbar, *nam patria potestas inaestimabilis est.*[25]

Die Fassung der l. 5 D. 37, 12 zeigt denn auch deutlich, und das gibt ja Vangerow zu, dass es sich lediglich um Erwähnung eines Einzelfalles, eines zufälligen Willküraktes des Kaisers handelt. Sie gehört unseres Erachtens demnach zu den *constitutiones personales, quae personam non egrediuntur.*[26/27]

Die Tendenz auf Grund extensiver Quelleninterpretation dem Staat in weitem Masse ein Recht des Einschreitens gegenüber dem unwürdigen Vater zuzuerkennen, tritt auch bezüglich der l. 1 § 3, l. 3 § 5 D. de liberis exhibendis 43, 30[28] hervor.

[24] § 2 J de his qui sui 1, 8.

[25] Marcian l. 114 § 8 de legat. I.

[26] l. 1 § 2 D. de const. princ. 1, 4. Vgl. dazu Kipp, Quellenkunde p. 33.

[27] l. 32, 33 D. de adopt. 1, 7 und l. 92 D. de cond. 35, 1 handeln u. E. nicht von einem Zwang zur Emancipation gegen den Willen des Vaters, sie bilden nicht Ausnahmen neben l. 5 D. 37, 12, wie Vangerow a. a. O. § 257 A. 1; Sintenis a. a. O. p. 172 u. A. annehmen. Es scheint uns vielmehr, dass es sich in l. 32, 33 D. de adopt. 1, 7 um den Eintritt einer gesetzlichen Resolutivbedingung, in l. 92 D. de cond. 35, 1 nur um die Erzwingung der Betätigung eines durch konkludente Handlung bereits geäusserten Willens handelt.

[28] l. 1 § 3 h. t.: *Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima*

Auf Grund dieser Stellen, und dies ist zu betonen, ist ganz allgemein behauptet worden, dass „die *nequitia patris* zur Trennung von der Person des Kindes führe“,[29] „dass die Erziehungsgewalt der Eltern wegen Pflichtverletzung oder Unfähigkeit durch Richterspruch entzogen werden könne“[30] nicht nur dem Vater, sondern auch der Mutter, „da es kaum einem Zweifel unterliegen könne, dass für die Mutter oder bei sonstigem Ausschluss des Vaters das Gleiche gelten müsse, was diese Stelle bezüglich des Vaters bestimme“,[31] „dass dem Vater die Erziehung seiner Kinder genommen werde, wenn er sich durch schlechtes Betragen derselben unwürdig gemacht habe, und Gleiches müsse unstreitig stattfinden, wenn derselbe durch Wahnsinn, Krankheit oder sonstige Umstände gänzlich ausser stande sei, die Erziehung zu leiten“. „Ausdrücklich sei zwar nur gesagt, dass die Mutter in derlei Fällen berechtigt sei, die Erziehung zu verlangen“, „allein es sei nur einer zufälligen Mangelhaftigkeit unserer Quellen zuzuschreiben, wenn nirgends mit dürren Worten ausgesprochen werde, dass nicht bloss die Mutter .... befugt sein soll .... die Kinder von dem ihnen verderblichen Vater zu trennen. Der Obrigkeit müsse das Recht eingeräumt werden, nötigenfalls einzuschreiten und den Verwandten oder auch fremden Personen die Verpflegung und Ausbildung der verwahrlosten Kinder zu übertragen, um auf diese Weise den Mangel der väterlichen Vorsorge zu supplieren“, „denn sonst müsste behauptet werden, dass wenn nicht die Mutter sich der Kinder annimmt oder annehmen kann, letztere ohne Erbarmen

---

*scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aeque subveniendum ei erit per exceptionem.*

l. 3 § 5 h. t.: *Etiamsi maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, idque decretis divi Pii quibusdam continetur: optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur.*

[29] Brinz, Pandekten II, 2[2] p. 603, 605.

[30] Windscheid a. a. O. § 525 Text zu A. 3.

[31] Windscheid ebenda A. 3.

verderben und verkümmern müssen" und man müsste es ruhig geschehen lassen, „wenn ein niederträchtiger Mensch absichtlich ungescheut seine Nachkommen zu verschmitzten und vermessenen Feinden der bürgerlichen Gesellschaft ausbildet".[32]

Diese Interpretationen, die inhaltlich im ganzen miteinander übereinstimmen, unterschieben diesen Fragmenten eine prinzipielle Bedeutung, die ihnen nicht zukommt. Sie stellen die *nequitia patris* und das Eingreifen der Staatsgewalt im Interesse des Kindes in den Vordergrund, anstatt die Persönlichkeit der Mutter im Gegensatz zu allen anderen Personen. Es handelt sich um nichts anderes als um eine ausnahmsweise rechtliche Anerkennung des natürlichen Erziehungsrechtes der Mutter[33] gegenüber dem natürlichen Erziehungsrechte des zur Erziehung unfähigen Vaters. Keine Drittperson noch der Staat besitzt ein derartiges mit den Rechten eines Elternteils konkurrierendes *ius naturale*, und deswegen kann weder ein Entzug des Kindes durch Richterspruch *ob nequitiam matris* (Windscheid), noch die Verweigerung des *interdictum de liberis exhibendis item ducendis* gegenüber anderen Personen als der Mutter aus l. 1 § 3, l. 3 § 5 D. 43, 30 gefolgert werden. Deutlich sagt dies l. 1 § 2 h. t.: *In hoc interdicto praetor non admittit causam, cur apud eum sit is, qui exhiberi debet, sed omnimodo restituendum putavit, si in potestate est.* In scharfem Gegensatz zu allen anderen Personen setzt § 3 die Mutter: *Si vero mater sit, quae retinet ...*

Die erwähnten Dekrete von Pius, Marcus und Severus setzen zweifellos eine Ehescheidung voraus und können deswegen als Vorläufer der Gesetze von Diokletian, Maximian[34]

[32] Buchardi, das gemeinrechtliche Erziehungsrecht, im Archiv für civilistische Praxis VIII p. 175—177.

[33] Vgl. Ulpian l. 1 § 3 D. de iure 1, 1; pr. J. de iur. nat. et gent. 1, 2. Bekanntlich hat das römische Recht auf eine rechtliche Regelung des in der Natur begründeten, selbstverständlichen Erziehungsrechtes verzichtet (vgl. oben p. 11 u. A. 15). Es hat nicht etwa eine neben der väterlichen Gewalt bestehende geringere mütterliche Gewalt ausgebildet, wenn auch l. 4 D de cur. fur. 72, 10 von einer *inaequalis potestas parentum* spricht.

[34] l. un. C. divortio facto apud quem liberi morari vel educari debent 5, 24.

und Justinian[35] betrachtet werden, welche bei Ehescheidung neben den Vermögensverhältnissen die Erzieherqualifikation der Elternteile über die Zuteilung der Kinder entscheiden lassen. Während aber nach jenen früheren Dekreten die Mutter ihr besseres Recht eigenmächtig wahren muss und eine rechtliche Anerkennung desselben erst im Falle der Klage von seiten des Vaters durch Gewährung einer Einrede erhält, weist nach l. un. C. 5, 24 der Richter, nach Nov. 117 c 7 das Gesetz den Elternteilen die Kinder zur Erziehung zu. Ebensowenig aus diesen Bestimmungen abgeleitet werden kann, dass neben den Eltern Drittpersonen die Kinder überwiesen werden können, ebensowenig können aus l. 1 § 3, l. 3 § 5 D. 43, 30 dem Rechte der Mutter analoge Befugnisse des Staates und dritter Privatpersonen deduziert werden.

Gegen das von uns behauptete Prinzip sprechen übrigens diese Stellen schon deswegen nicht, weil ausdrücklich darauf hingewiesen ist, dass durch Anerkennung des besseren Rechtes der Mutter die *patria potestas* keine Schmälerung erleidet.[36] *(Optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur).* Es soll ja nicht der Anschein erweckt werden, dass gegen den Willen des Vaters eine, wenn auch nur partielle Aberkennung der *patria potestas* stattfinden kann.

Direkt gegen das Prinzip: die väterliche Gewalt kann gegen den Willen des Vaters nicht untergehen, richtet sich nun die Be-

[35] Nov. 117 c 7, namentlich Satz 2 (22—27).

[36] Aus diesem Hinweis kann allerdings streng logisch gefolgert werden, dass nach spätrömischem Recht das Recht, Aufenthaltsort und Erziehung der Kinder zu bestimmen, kein Ausfluss der *patria potestas* sei, eine Auffassung, zu der namentlich diejenigen hinneigen werden, welche wie z. B. Stobbe (Deutsches Privatrecht IV ¹ § 252 p. 321; ebenso Stölzel, Recht der väterlichen Gewalt in Preussen p. 17) der Ansicht sind, alle Rechte, welche bei Wegfall des Vaters durch andere Personen ausgeübt werden können, gehören nicht zur väterlichen Gewalt.

hauptung, dass in gewissen Fällen der Vater wegen Unwürdigkeit oder Missbrauch ipso jure seine Rechte zur Strafe verliere.

Dies nehmen einzelne schon für die Gesetzgebung der XII Tafeln an. Der Satz: *Si pater filium ter venum duvit filius a patre liber esto* erscheint ihnen als Strafrechtssatz.[37]

Nach dieser Ansicht besteht das Verschulden des Vaters in dem zum dritten Mal vorgenommenen Verkauf des Sohnes in die Dienstknechtschaft, also in dem Missbrauch des Verkaufsrechts, die Strafe in der Verwirkung der väterlichen Gewalt. Diese tritt wider Willen des Vaters *ipso jure* infolge der schuldhaften Tat ein. Zweck des Gesetzes soll nicht nur sein, den Sohn gegen übermässige Ausnützung seiner Arbeitskraft zu schützen, sondern auch „das Gemeinwesen vor dem Heranwachsen von Bürgern zu bewahren, welche sich an knechtischen Gehorsam gewöhnt haben".[38] [39]

Dieser Auffassung steht eine andere gegenüber, welche in dem Zwölftafelsatz eine anormale Ausdehnung der väterlichen Gewalt erblickt.[40] Nach ihr wäre konsequenterweise die Loslösung des Sohnes schon nach der ersten Mancipation er-

[37] Ihering, Geist des römischen Rechts II 1 [5] p. 185. — Danz, Geschichte des römischen Rechts [2] p. 183. — Sohm, Institutionen [10] p. 56, 459. — Czyhlarz, Institutionen [5 u. 6] p. 280. — Drucker, Protection de l'enfant en droit Romain (Thèse, Paris 1894) p. 39. — Taudière, Traité de la puissance paternelle (Paris 1898) p. 50. — Pernice a. a. O. p. 169 und Karlowa a. a. O. p. 242 betonen zwar nicht den Strafcharakter, sehen aber den Satz als Einschränkung der *patria potestas* wegen Missbrauch an. Vgl. dazu Ihering, Geist III 1 [4] p. 292.

[38] Ihering, Zweck im Recht I [2] p. 516.

[39] Nach dieser Auslegung des Zwölftafelsatzes darf ruhig behauptet werden, dass die Forderungen, welche Sozial- und Kriminalpolitiker des 19. Jahrhunderts an den modernen Gesetzgeber stellten, Forderungen, über deren Berechtigung noch vor zwei Jahrzehnten (internationaler Gefängniskongress in Rom 1885) in internationaler Diskussion heftig gestritten wurde, schon in den ältesten Rechtsaufzeichnungen der Römer im Prinzip gut geheissen worden sind.

[40] Puchta, Institutionen II [8] CCLXXXII 1, p. 384; Schmidt, Das Hauskind in mancipio (Leipzig 1879) p. 13; Voigt, XII Tafeln II § 97 A. 20 p. 303; Saumade, Histoire de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant en droit romain (Thèse, Monpellier 1893) p. 37.

folgt. Dieser frühzeitigen Loslösung des Sohnes wird aber sowohl im Interesse des Vaters als des Kindes, namentlich aber um der Familie eine Descendenz zu erhalten, vorgebeugt. Die Notlage des Vaters, welche ihn zu einem Verkauf seines Kindes zwingt, soll ihm nicht den Nachkommen, der die für sein Seelenheil notwendigen Totenopfer zu verrichten hat, entziehen, den Sohn nicht seines Erbrechtes verlustig gehen lassen.[41] Wenn diese das Interesse des Vaters und des Sohnes berücksichtigenden Gesichtspunkte überhaupt einen Einfluss auf den Erlass der Bestimmung gehabt haben, so treten sie jedenfalls ganz in den Hintergrund vor der aus der Bedeutung der Familie für die alte Zeit hervorgehenden Tendenz, der Familie den unmittelbaren Fortsetzer zu erhalten. Das religiöse und bürgerliche Interesse der Familie ist das Ausschlaggebende, nur aus ihm lässt sich das Entstehen dieses Satzes erklären.[42]

Die römischen Juristen lassen uns zu keiner sicheren Entscheidung für die eine oder andere Auffassung des Zwölftafelsatzes gelangen. Sie beschränken sich lediglich auf seine Erwähnung, geben sich keine Rechenschaft über seine ursprüngliche Zweckbestimmung und interessieren sich nur für die Konsequenzen, die sich aus ihm für die zu ihrer Zeit *dicis causa* vorgenommene Mancipation ergeben. Sie sind also geneigt, ihn von seinem ursprünglichen Zweck gänzlich abweichenden Gesichtspunkten aus zu interpretieren, und es sind deshalb aus ihren Äusserungen Schlüsse auf die älteste Zeit mit Vorsicht zu ziehen.[43]

[41] Letzteren Gesichtspunkt hebt Puchta a. a. O. hervor. (Schmidt a. a. O. A. 52 macht jedoch darauf aufmerksam, dass in dieser Beziehung der Sohn Töchtern und Enkeln gleichstehe). Eine Erklärung, der wir nicht zustimmen können, weil sie uns zu gesucht erscheint, und nur für eine sehr beschränkte Zahl von Mancipationen passt, gibt Voigt a. a. O. Dem Satz soll die legislatorische Tendenz zu Grunde liegen, dem missratenen Sohn, der vom Vater zur Strafe verkauft worden ist, die Möglichkeit zu geben, sich zu bessern und dann in seiner Familie seine frühere Stellung wieder einzunehmen.

[42] Derselben Meinung Schmidt a. a. O. p. 13.

[43] Davor warnt auch Karlowa a. a. O. p. 233.

Ohne Vermutungen lässt sich also bei der Dürftigkeit der Quellen nicht auskommen, weder die eine noch die andere Ansicht begründen. Sicherlich aber darf diejenige den grösseren Anspruch auf Glaubwürdigkeit erheben, die sich nicht nur im Einklang mit der prinzipiellen Regelung des Eltern- und Kindesverhältnisses befindet, sondern deren Begründung sich auch an den Wortlaut des Gesetzes und in den wesentlichen Punkten an die übereinstimmenden Ansichten der römischen Juristen anschliesst, als diejenige, welche sich auf vage, Wortlaut und römische Interpretation des Satzes nicht berücksichtigende Kombinationen aufbauend, im schroffsten Widerspruch mit der Konstruktion der *patria potestas* steht.

Dieser Vorwurf muss der ersten, von uns bekämpften Ansicht gemacht werden.

I. Namentlich das zuletzt hervorgehobene Moment lässt sie bedenklich erscheinen. Es wird nie gelingen, einen staatlichen Eingriff in die väterlichen Rechte, eine gesetzliche Ahndung ihres Missbrauchs in Einklang zu bringen mit dem gerade noch zur Zeit der XII Tafeln konsequent durchgeführten Absolutismus der *patria potestas*.

Ihering[44] hat zwar in geistvoller Weise versucht, seine Auffassung des Zwölftafelsatzes einem den Absolutismus des Privatrechtes überall einschränkenden Prinzip unterzuordnen. Ihm, der in so glänzender Weise die unbeschränkte Macht des Vaters verständlich gemacht, ihm musste es besonders paradox erscheinen, dass der Staat aus Gründen des öffentlichen Wohles und des Interesses des Kindes in die Machtsphäre des Vaters eingreift, dass der Staat „das grosse sittliche Vertrauen, das er seinen Bürgern entgegenbringt und entgegenbringen darf", durch ein derartiges Misstrauensvotum schwächt. Das Prinzip, das diesen Widerspruch lösen soll, ist seiner Ansicht nach folgendes: So weit nämlich, sagt er, verbiete der Staat den Missbrauch der Rechte, als derselbe unbedingt verwerflich sei, d. h. solchen

[44] Geist II 1[5] p. 145.

Äusserungen der subjektiven Gewalt werde eine Grenze gesteckt, die schlechthin, mögen die Voraussetzungen sein, welche sie wollen, nicht zu dulden seien, nicht aber denjenigen, die nur hypothetisch sich als Missbrauch qualifizieren lassen. So könne z. B. die Tötung des Haussohnes sich als Missbrauch des Tötungsrechtes darstellen, wenn zu ihr gar kein oder kein hinreichender Grund vorliege, andererseits jedoch als vollkommen gerechtfertigt erscheinen, wenn der Sohn ein todeswürdiges Verbrechen begangen habe.[45] Ein dreimaliger Verkauf des Sohnes aber sei „unter allen Voraussetzungen" „verwerflich".[46]

Dies Unterscheidungsprinzip mag auf andere Normen des alten Rechts angewandt werden können, für unsere Zwölftafel-Bestimmung passt es sicherlich nicht. Es lassen sich mit Leichtigkeit Beispiele finden, nach welchen ein dritter Verkauf unmöglich als unbedingt verwerflich erscheinen kann, Beispiele, die zur Erkenntnis führen, dass, wie die Tötung, so auch der dritte Verkauf sich nur hypothetisch als Missbrauch der Gewalt qualifizieren lässt.[47]

---

[45] a. a. O. A. 161.

[46] a. a. O. A. 160.

[47] Namentlich, wenn man daran denkt, dass der Vater die Dauer der Dienstknechtschaft fiduciarisch auf kurze Zeit beschränken konnte (vgl. unten p. 27, 32). Geradezu selten aber wird sich ein dritter Verkauf als Missbrauch ergeben, wenn man mit Ihering (vgl. unten p. 23) annimmt, der Sohn selbst habe bei Wiederkehr des Census die Dienstherrschaft aufheben, die Ausnützung seiner Arbeitskraft durch den Vater also auf eine Maximaldauer von 15 Jahren beschränken können. Man setze z. B. folgenden Fall: Ein Vater gerät gegen Ende eines Quinquenniums in Not und sieht sich gezwungen, seinen Sohn zu verkaufen. Dann kann der Erlös nur ein geringer sein und kaum zur Besserung seiner Lage beitragen, läuft der Käufer doch Gefahr, in kurzem seine Dienstherrschaft über das mancipierte Hauskind durch dessen Willen zu verlieren. Tritt dies ein, so wird der Vater begreiflicherweise die Dienstherrschaft um 5 Jahre verlängern dadurch, dass er das Hauskind bei Wiederkehr des Census von Neuem mancipiert. Damit ist aber seine freie Verfügungsgewalt über des Kindes Arbeitskraft zu Ende. Mag er auch später in die ärgste ökonomische Bedrängnis geraten, jede weitere Mancipation erscheint nach Ihering als unbedingt verwerflich, als strafbarer Missbrauch des väterlichen Rechtes. Eine solche Behauptung wäre unter den gegebenen Voraussetzungen absurd.

Die Annahme einer Ausdehnung des Verkaufsrechts durch den Zwölftafelsatz steht dagegen in keinem Widerspruch mit dem Absolutismus des alten Rechtes.

II. Aus der gegnerischen Ansicht ergeben sich ferner folgende Sätze als mit ihr unzertrennbar verknüpft. Erweist sich auch nur einer dieser Sätze als unhaltbar oder unwahrscheinlich, so kann die gegnerische Ansicht nicht aufrecht erhalten werden.

1. Bedeutet der Zwölftafelsatz eine Einschränkung des Verkaufsrechtes, so ist eine Lösung der *patria potestas* vor der Existenz dieses Satzes unmöglich.[48] Der Vater kann das Kind so oft verkaufen als er will, da nach jeder Manumission der *mancipatus* in die Gewalt des Vaters zurückfällt. Unserer Ansicht nach hat dagegen die Mancipation des Kindes für den Mancipanten dieselbe Wirkung wie die Mancipation einer Sache. Der *pater mancipans* gibt seine Herrschaft über das Verkaufsobjekt auf und überträgt sie auf den Käufer. Dass das übertragene Herrschaftsrecht in der Hand des dem Herrschaftsobjekt fremden Quasidominus inhaltlich dem Herrschaftsrecht des veräussernden Vaters nicht völlig gleichsteht, ist aus der Verschiedenheit der natürlichen Beziehungen der Kontrahenten zum *mancipatus* zu erklären. Eine Lösbarkeit der väterlichen Gewalt geht unseres Erachtens schon aus dem *ius vendendi trans Tiberim* hervor.[49] Mag dieses auch nur zu Strafzwecken ausgeübt worden sein[50] und deswegen der *deditio* durch den *pater patratus* von Cicero gleichgestellt werden,[51] mit dem juristischen Inhalt der *venditio* als einer Veräusserung der Herrschaft hat der Zweck ihrer Vornahme nicht zu schaffen. Übrigens weisen Pernice, Schmidt u. A.[52] unseres Erachtens

[48] So z. B. Pernice a. a. O. p. 169.

[49] Cicero pr. Caec. 34, 98: *Si pater vendidit eum, quem in suam potestatem susceperat, ex potestate dimittit.*

[50] Voigt a. a. O. p. 266. Karlowa a. a. O. p. 82.

[51] Cicero, de Or. I, 40, 181; pr. Caec. 34, 98.

[52] Pernice a. a. O. p. 168 A. 2. Schmidt a. a. O. p. 3 A. 11. Offenbar auch Danz a. a. O. p. 177 N. 788; vgl. ferner Karlowa a a. O. p. 82 A. 4.

mit Recht darauf hin, dass in ältester Zeit das Vorkommen der *venditio trans Tiberim* lediglich aus Erwerbszwecken nicht ausgeschlossen erscheint.

2. Im Einklang mit der Theorie der Unlösbarkeit der *patria potestas* steht folgender Satz, der sich aus der gegnerischen Annahme ergibt: Tritt der Verlust der Gewalt bei der dritten Mancipation wider Willen des Vaters ein, so kann sich der Veräusserungswille des *pater mancipans* entweder nur auf eine zeitliche Aufgabe der *patria potestas* oder nur auf einen Teil der in ihr enthaltenen Rechte erstrecken. Im Falle der Annahme einer temporären Aufgabe bestände die Strafe im endgiltigen Verluste, im Falle der Annahme einer partiellen Aufgabe in dem Verluste aller derjenigen Rechte, welche der Vater nicht veräussern wollte oder konnte.

*a.* Die Annahme einer temporären Veräusserung wird namentlich von Ihering vertreten. Er behauptet, gestützt auf Gaius I, 140: *„Quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt . . .“* der Vater habe nur für ein Lustrum verkaufen können. Nach Ablauf desselben habe das am Sohn begründete Mancipium auf Antrag desselben wieder aufgehoben werden können,[53] und dadurch sei die *patria potestas* wieder aufgewacht. Der Verkauf habe also nur eine

[53] a. a. O. p. 184 85. Ebenso, wenn auch in weniger präziser Form Pernice a. a. O. p. 169.

Vor der 4. Aufl. des «Geist» Bd. II, 1 vertrat Ihering die Meinung nach Ablauf eines Lustrums habe das *in mancipio esse* von selbst aufgehört. Dies wird auch von Drucker a. a. O. behauptet, offenbar in direkter Anlehnung an die französische Übersetzung der früheren Auflagen des Iheringschen Werkes. Durch die Korrektion seiner eigenen Ansicht, zu der Ihering durch den Einwand von Schmidt (a. a. O. p. 16 A. 60), Gaius sage nicht *consequuntur* sondern *consequi possunt*, veranlasst wurde, ist Ihering zu einer noch unwahrscheinlicheren Interpretation der Gaiusstelle gelangt. Dem Charakter der *patria potestas* und des Mancipiums entspräche es noch eher, dass eine zeitlich begrenzte Einschränkung der Verkaufswirkungen von Gesetzes wegen eintritt, als dass deren Dauer in das Belieben des Kindes gestellt ist.

zeitweilige Suspendierung, um modern zu sprechen, ein Ruhen der väterlichen Gewalt bewirkt.

Dieser überraschende Iheringsche Satz hat keine Schule gemacht. Dass allerdings das *„censu libertatem consequi possunt"* ganz in gleichem Sinne zu verstehen sei, wie das *„censu sui iuris fiunt"* des § 138 Gai. I, wie Schmidt[54] behauptet, kann wohl kaum angenommen werden. In § 138[55] stellt Gaius vielmehr die Regel auf, dass auch bezüglich der Aufhebung des *in mancipio esse* das Hauskind dem Sklaven gleichstehe. Die neben der *manumissio vindicta* und *testamento* erwähnte *manumissio censu* kann also zweifellos nur mit Willen des Quasidominus erfolgen.[56] § 140 erwähnt jedoch eine Ausnahme. Die herrschende Meinung[57] wendet sie auf die *manumissio* des *dicis causa* Mancipierten an, Karlowa schränkt sie sogar nur auf die nach der dritten Mancipation zu erfolgende Manumission ein, denn nach der ersten und zweiten *dicis causa*, also *sub pacto fiduciae ut filius manumittatur* erfolgten Mancipation könne ja der Vater mit *actio fiduciae* auf Manumission klagen. Es ist aber auch der von Danz berücksichtigte Fall denkbar, dass der Vater zwischen der ersten und zweiten Mancipation stirbt und der Mancipatar den bloss *dicis causa* in sei-

[54] Nämlich als Befreiung durch einen besonderen magistratischen Akt. a. a. O. p. 16 A. 60. Dazu p. 25 ff.

[55] Gai. I 138: *Ji qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento sui iuris fiunt.*

140: *Quin etiam invito quoque eo cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit. ac ne is quidem dicitur invito eo cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa (mancipio dedit), veluti quod furti eius nomine damnatus est, (et eum) mancipio actori dedit; nam hunc actor pro pecunia habet.*

[56] Ulpian I, 8; Boëth. ad Top. I 2 § 10 (im Wortlaut cit. v. Danz a. a. O. § 109 N. 856).

[57] Walter, Röm. Rechtsgeschichte [1] § 508. N. 58; Böcking, Pandekten 2 § 48 § r; Danz a. a. O. p. 197 ff.; Karlowa a. a. O. p. 241; Schmidt a. a. O. A. 90.

nem Mancipium befindlichen nicht freiwillig manumittieren will. Dann kann dieser sich zweifellos als frei beim Census anmelden *etiam invito eo, cuius in mancipio est.*

Wiewohl Gaius von dem *ex noxali causa* Mancipierten das *censu libertatem consequi posse* ausschliesse, so glauben doch Böcking, Danz und Schmidt die Ausnahme auch auf diesen erstrecken zu dürfen, sobald er seine Schuld abverdient hat, da, wie Danz hervorhebt, nach Gaius der Mancipatar den *noxae datus* nur *pro pecunia in mancipio* habe, mit der Zahlung also jeder Grund für das *in mancipio esse* wegfalle. Karlowa schliesst dagegen aus den Worten *„hunc actor pro pecunia habet"* auf eine bleibende Quasiherrschaft des Verletzten über den Verletzer, die jenem statt der Satisfaktion in Geld eingeräumt werde. Er nimmt an, dass erst nach Gaius Zeit die von Papinian[58] erwähnte Abschwächung des *ex noxali causa* begründeten *in mancipio esse* zu einer nur die Abverdienung des Schadens bezweckenden und mit der Erreichung des Zweckes beendeten Dienstherrschaft durchgedrungen sei.[59] Die Kontroverse ist unseres Erachtens eine müssige; sie beruht auf einem beiderseitigen Missverständnis der Gaius-Stelle. Gaius sagt gar nicht, wie sowohl Karlowa als Danz und die anderen annehmen, dass der *ex noxali causa* Mancipierte nicht *censu libertatem consequi posse*, er stellt den *ex noxali causa mancipatus* nicht neben den *ea lege mancipio datus ut patri remancipetur* als eine zweite Ausnahme. Dass nach Abverdienung des Schadens der *mancipatus* sich als vom *in mancipio esse* befreit beim Census anmelden kann, setzt Gaius als selbstverständlich voraus. Nur, sagt er, könne hier nicht von einem *libertatem consequi posse invito eo cuius in mancipio est* gesprochen werden, da dem Zweck der *noxae datio* entsprechend der Wille des *mancipio accipiens* von vornherein nur auf ein *habere in mancipio* bis zum Eintritt des Schadenersatzes gegangen sei.[60] Wäre zu

[58] Coll. leg. Mos. et Rom. II, 3.
[59] Derselben Meinung Pernice a. a. O. p. 171.
[60] Derselben Meinung Voigt a. a. O. § 143 A. 12 (II p. 598).

Gaius Zeit, wie Karlowa annimmt, durch *noxae datio* eine lebenslängliche Dienstknechtschaft eintreten, so hätte nicht darüber gestritten werden können, ob die väterliche Gewalt nach einmaliger oder dreimaliger Mancipation *ex noxali causa* aufhöre.[61] Die letztere, wohl ältere Meinung der Proculeaner setzt eine zeitliche Beschränkung des *mancipium ex noxali causa* voraus, gerade wie der Zwölftafelsatz nach Karlowas eigener Meinung[62] die Möglichkeit einer zeitlich beschränkten Dauer der Dienstknechtschaft voraussetzt. Da aber die *mancipatio ex noxali causa* nicht *sub pacto fiduciae* geschah,[63] so kann nur die Erfüllung des Zweckes ihrer Vornahme, der Eintritt des Schadenersatzes das Mancipium beendet haben.

Die soeben erwähnte Voraussetzung des Zwölftafelsatzes dient Ihering als hauptsächlichster Stützpunkt seiner Ansicht. Weil aber Ihering diese Voraussetzung falsch formuliert hat,[64] ist er auch zu einer unrichtigen Behauptung gelangt. Es ist falsch, zu sagen, es hätte keinen Sinn gehabt, wie dies der Zwölftafelsatz tut, von einem dreimaligen Verkauf des Kindes zu sprechen, wenn die Möglichkeit bestand, das Kind auf Lebenszeit zu verkaufen, sondern es muss gesagt werden, es hätte keinen Sinn gehabt, von einem dreimaligen Verkauf des Kindes zu sprechen, wenn nur die Möglichkeit bestand, das Kind auf Lebenszeit zu verkaufen, oder negativ ausgedrückt, wenn nicht die Möglichkeit bestand, das Kind auf beschränkte Zeit zu verkaufen. Diese Möglichkeit war aber durch Hinzufügen eines *pactum fiduciae* gegeben und die am häufigsten vorkommenden

---

[61] Gai. IV 79: *Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege XII tabularum cautum sit (ne aliter filius de potestate patris) exeat quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, et illas tres legis XII tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere.*

[62] a. a. O. p. 83.

[63] Papinian Coll. II, 3, 1: *qui noxae deditum accepit — fiduciae iudicio non tenetur.*

[64] a. a. O. p. 184 A. 274.

Mancipationen werden auch „mit der Auflage, dass der Käufer den *mancipatus* nach Ablauf einer gewissen Zeit frei lassen solle“, geschlossen worden sein. Wo aber ein solches *pactum fiduciae* fehlte, da bewirkte die Mancipation, „eine in ihrer Dauer von dem Willen des Käufers abhängige Unterwerfung.“ Die Beschränkung der Dauer liegt, wie Schmidt[65] richtig sagt, nicht ursprünglich in der Mancipation, sondern wird erst auf künstlichem Wege hineingelegt. Gerade das Aufkommen der Manumissionsklausel, die eine lebenslängliche Dienstknechtschaft des Kindes als notwendige bedenkliche Folge der Mancipation ausschloss, wird neben wirtschaftlichen Einflüssen die Zahl der Verkäufe in dem Masse gesteigert haben, dass das Interesse des Staates und des Einzelnen an der Erhaltung der Familie gefährdet erschien.

*b.* Die Annahme eines partiellen Verzichtes auf die *patria potestas* haben Danz[66] und Karlowa[67] zu begründen versucht. Welches in der väterlichen Gewalt enthaltene Recht veräusserbar sei, schien ihnen offenbar aus dem Zweck der nicht *dicis causa* vorgenommenen Mancipation hervorzugehen. Es ist ihrer Meinung nach das *ius ex liberis quaestum faciendi.* Nur um dieses Recht verkürzt, bestehe die *patria potestas* nach der ersten und zweiten Mancipation fort und könne in dem ihr gebliebenen Umfange weiter ausgeübt werden, „nur dürfe durch die Ausübung der aus dem gekauften Kinde dem Mancipatar zu machende Gewinn nicht geschmälert werden“.[68] Von einem Rückfall des Kindes in die *patria potestas* nach der ersten und zweiten Manumission, von einem Wiederaufwachen der ja gar nicht verloren gegangenen väterlichen Gewalt könne nicht gesprochen werden. Durch die Manumission werde die durch den Verkauf beschränkte Gewalt einfach wieder zur vollständigen, unbeschränkten, weil das *ius quaestum ex liberis faciendi,* das

---

[66] a. a. O. p. 4 A. 12.
[66] a. a. O. p. 182 ff.
[67] a. a. O. p. 234 ff.
[68] Danz a. a. O. p. 182.

ihr während der Dauer des Mancipiums gefehlt, wieder zu ihr zurückkehre. Die *patria potestas* sei dem Eigentum gleichgestellt, das durch Wegfallen einer am Eigentumsobjekt bestellten Emphyteuse oder Nutzniessung wieder in vollem Umfange auflebe, während der Dauer dieser Rechte Dritter aber trotz weitgehender Schmälerung der in ihm liegenden Befugnisse nicht untergehe. Wenn Gaius und Theophilus von *filium reverti, recurrere in potestatem patris* sprechen,[69] so sei das natürlich nur in dem Sinne gemeint, wie man von einem *reverti, reddere, recurrere ususfructum ad proprietatem, ad dominum proprietatis*[70] spreche.[71]

Die Unhaltbarkeit dieser gekünstelten Identifizierung der juristischen Bedeutung dieser zwei Ausdrucksweisen liegt auf der Hand. Während im Falle der Manumission von einer Rückkehr des Herrschaftsobjektes unter die Herrschaft des Herrschenden gesprochen wird, folglich also bis zu dieser Rückkehr die Herrschaft aufgehoben sein musste, da ihr das Objekt fehlte, reden die auf Wegfall des Ususfructus bezüglichen Stellen von einer Rückkehr eines auf dem Herrschaftsobjekt ruhenden Rechtes Dritter zur Herrschaft. Eine Gleichstellung der Ausdrucksweise wäre nur möglich, wenn es im ersten Falle hiesse *revertitur ius ex liberis quaestum faciendi ad postatem patris* oder umgekehrt im zweiten Fall *revertitur fundus in dominium.* Die Ausdrucksweise *revertitur filius in potestatem patris* weist deutlich darauf hin, dass durch die Mancipation die *patria potestas* aufhört, durch die Manumission wieder erwacht. Wenn Gaius von dem dritten Verkauf bemerkt *„eaque mancipatione filius desinit in potestate patris esse“,* so kann das, wie Schmidt[72] mit Recht annimmt, nur die definitive Ablösung vom Vater bedeuten, nicht aber das

[69] Gaius I 132; Theoph. ad § 6 J. 1, 12 (cit. von Danz, p. 182 N. 823).

[70] l. 33 D. de R. V. 6, 1; l. 66 de iure dot. 23, 3; l. 10 D. de vi 43, 16.

[71] Danz a. a. O. p. 183; Karlowa a. a. O. p. 235 a. E.

[72] a. a. O. p. 13 A. 50.

erstmalige Aufhören der *patria potestas*. Die Mancipation des Sohnes ist eine Veräusserung des Herrschaftsobjektes selbst, also ein Verzicht auf die Herrschaft von seiten des Veräusserers, nicht die Veräusserung eines einzelnen Rechtes. Zweck und Inhalt des Geschäftes dürfen nicht identifiziert werden, denn sonst ist es gar nicht einzusehen, warum das römische Recht erst später das vom Verkauf abweichende Institut der *locatio conductio operarum* schuf,[73] wenn doch der Verkauf des Kindes diesem inhaltlich ganz gleich stand.

Die Ansicht eines Fortbestehens der *patria potestas* in beschränktem Umfange nach der ersten und zweiten Mancipation stützt sich aber namentlich auf die Behauptung, dem Vater stehen gewisse Rechte über den *in mancipio* befindlichen zu. Jedenfalls darf unter diesen das Recht des Ehekonsenses nicht angeführt werden, dessen Fortbestehen keine Quelle weder direkt noch indirekt auch nur andeutet.[74] Danz hebt dagegen vorzüglich das Recht, das Kind gegen injuriöse Behandlung von seiten des Quasidominus zu schützen, hervor. Aus der Stelle des Gaius I 141 *„adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin iniuriarum actione tenebimur“* geht aber keineswegs mit Sicherheit hervor, dass ein solches Recht dem Vater während der Dauer des Mancipiums zusteht, dass überhaupt der Quasidominus während des Mancipiums wegen Beleidigung des Kindes belangt werden kann. Zudem wird heute angenommen, dass dieser Satz dem alten

[73] Vgl. Pernice a. a. O. p. 169; Karlowa a. a. O. p. 83.

[74] Karlowa (a. a. O. p. 235) kann das Recht des Ehekonsenses nur aus seiner Annahme des Fortbestehens der *patria potestas* folgern. Aus den Quellen ergibt sich nach Böcking (a. a. O. § 48 § f.) Schmidt (a. a. O.) und Karlowa (a. a. O.) nur a silentio, dass dem Quasidominus dies Recht nicht zugestanden habe. Dagegen spricht das Leben des *mancipatus* im Hausstand des Quasidominus. Voigt hat dessen Konsensrecht überzeugend begründet (a. a. O. p. 288 ff.). Schmidt gibt denn auch zu, dass er das Zusammenleben des *mancipatus* mit der Frau verhindern konnte und Karlowa, dass er jedenfalls nicht verpflichtet gewesen sei, von dem Erwerb des *mancipatus* für den Unterhalt von dessen Frau und Kindern zu sorgen, wenn die Ehe wider seinen Willen geschlossen worden sei.

Civilrecht gar nicht angehören könne, sondern erst für die spätere *dicis causa* vorgenommene Mancipation aufgestellt worden sei.[75]

Das einzige Moment, das zu Gunsten der gegnerischen Meinung zu sprechen scheint, ist der Umstand, dass nach erster und zweiter Mancipation die Kinder des *in mancipio* Befindlichen in die Gewalt des Grossvaters fallen. Karlowa[76] folgert hieraus, dass, wenn die *patria potestas* durch die erste oder zweite Mancipation aufgehoben wäre, mit der Möglichkeit der Erneuerung, so hätte für den *in prima* bezw. *secunda mancipatione* gezeugten Enkel der Satz gelten müssen: *pendet ius eius.* Er hätte, wenn eine Freilassung erfolgte, in die Gewalt des noch lebenden Grossvaters fallen müssen. Wenn dagegen der Vater *in prima* oder *secunda mancipatione* gestorben wäre, *sui iuris* werden müssen.[77] Man könne deswegen diese Bestimmung nicht, wie Schmidt wolle, aus der rechtlichen Möglichkeit des Rückfalls des *mancipatus* in die Gewalt seines Vaters erklären, sie erheische ein wenngleich beschränktes Fortbestehen der *patria potestas* in der Zeit, während welcher der Sohn *in prima* oder *secunda mancipatione* sich befinde.

Gegen die Logik der Karlowaschen Beweisführung lässt sich nicht das Geringste einwenden. Gewiss kann aus dem Satz,

---

[75] Karlowa a. a. O. p. 241; Voigt a. a. O. § 93 A. 21 a. E., § 96 A. 2 a. E.

[76] a. a. O. p. 235.

[77] Karlowa folgt hier der Ansicht des Gaius; nach der durch Labeo vertretenen, welche wir für die ältere Zeit als geltend annehmen, hätten die Kinder ins Mancipium des Quasidominus ihres Vaters fallen müssen. (Vgl. Text weiter unten u. A. 80). Darauf kommt es aber an dieser Stelle nicht an.

Gai. I, 135. *Qui ex filio semel iterumve mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in avi potestate est, et ideo ab eo et emancipari et in adoptionem dari potest. At is, qui ex eo filio conceptus est qui in tertia mancipatione est, non nascitur in avi potestate. sed eum Labeo quidem existimat in eiusdem mancipio esse cuius et pater sit; utimur autem hoc iure, ut quamdiu pater eius in mancipio sit, pendeat ius eius; et siquidem pater eius ex mancipatione manumissus erit, cadat in eius potestatem; si vero is dum in mancipio sit, decesserit, sui iuris fiat.*

dass die *in prima* oder *secunda mancipatione* gezeugten Enkelkinder in die Gewalt des Grossvaters fallen, rückwärts auf ein Fortbestehen der *patria potestas* geschlossen werden. Fraglich ist aber, und das ist für uns das Entscheidende, ob die Römer umgekehrt von dem Grundsatz des Fortbestehens der väterlichen Gewalt ausgehend zur Aufstellung diesses Satzes gelangt sind. Dies kann nicht nachgewiesen werden, solange nicht andere gewichtige Momente für das Bestehen des Vordersatzes sprechen.

Wir sind der Ansicht, dass die Römer aus Zweckmässigkeits- und Billigkeitsrücksichten den Status der Enkelkinder in anormaler Weise[78] erst nach dem Zwölftafelsatze in der von Gaius geschilderten Art geregelt haben, und zwar, wie Schmidt annimmt, wegen der rechtlichen Möglichkeit des Rückfalls des *mancipatus* in die Gewalt seines Vaters.[79] Das Ursprüngliche, Natürliche ist offenbar, das die *in mancipio* erzeugten Kinder auch nach erster und zweiter Mancipation in die *potestas* des Quasidominus ihres Vaters fallen, eine Ansicht, die noch Labeo für die nach dritter Mancipation erzeugten Kinder vertritt.[80] Es ist nicht völlig ausgeschlossen, dass der

---

[78] *„qui ex filio semel iterumve mancipato conceptus est, tamen in avi potestate est."*

[79] Die Bestimmung lässt sich nicht, wie Pernice (a. a. O. p. 170) will, aus dem Satz erklären: *„quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare videtur"* (Gai. I 140, cit. A. 55) unter Zuhülfenahme der ganzen Grundidee des Institutes des *in mancipio esse;* denn diesen Satz bezieht Gaius nur auf den Vater, der sich die Remancipation vorbehält, wohl aber ergibt sie sich zum Teil aus der Grundidee des Institutes allein.

[80] Die Ansicht Labeos sehen Pernice a. a. O., Schmidt a. a. O. p. 17 A. 65 und Voigt a. a. O. p. 291 A. 11 mit Recht für die konsequente an und die von Gaius geäusserte (s. A. 77) als eine erst in der spätern dem ganzen Institut widerstrebenden Zeitrichtung, da die Mancipation zur blossen Form herabsank, aufgekommene. Karlowa (a. a. O.) glaubt den Standpunkt des Gaius deswegen als den konsequenten verfechten zu müssen, weil, wenn das Recht des Quasidominus so stark und umfassend wäre, dass es sich auch auf die ehelichen Kinder des *mancipatus* erstrecken könnte, sich diese Kraft schon *in prima* oder *secunda mancipatione* geltend machen müsste. Dies geschieht eben der im Text angeführten Gründe wegen nicht.

Unserer Ansicht nach will Gaius überhaupt gar keine Kontroverse erwähnen, sondern dem durch Labeos Äusserung bekundeten älteren Recht,

Satz erst aufkam, als die Mancipation um des Preises willen kaum mehr vorgenommen wurde und somit eine Rückkehr des Sohnes durch den Zweck des Geschäftes gegeben war. Dennoch ist dies nicht notwendigerweise anzunehmen, denn wie schon erwähnt, war auch zur Zeit, da die Mancipation um ihres ursprünglichen Zweckes willen erfolgte, der Rückfall des Sohnes nicht nur ein möglicher, sondern ein wahrscheinlicher und regelmässiger, weil wohl höchst selten Verkäufe auf die ganze Lebenszeit, sondern gewöhnlich als fiduciarisch auf bestimmte Dauer begrenzte vorkamen. Gedachte nun aber der *pater mancipans* der Manumission künftiger Kinder des zur Zeit der Mancipation ja noch ledigen Sohnes nicht, was leicht geschehen konnte, so wären diese, hätte die Bestimmung nicht bestanden, in der Gewalt des Quasidominus geblieben, da der Zwölftafelsatz ja nur von der Rückkehr des Mancipierten selbst sprach. Auch durch eine freiwillige Manumission wären sie weder in die Gewalt ihres Grossvaters noch ihres Vaters zurückgekehrt, also endgültig der Familie ihrer natürlichen Erzeuger entzogen gewesen. Diese zufällige Rechtsfolge hätte nicht nur den Grundsätzen der Billigkeit und der Idee der Familienkonservierung widersprochen, sondern auch ganz ausserhalb des Zweckes des Mancipationsgeschäftes und der Absichten der Kontrahenten gelegen. War aber eine Manumission künftiger Sohneskinder im *pactum fiduciae* ausgemacht, so lag es wenig im Interesse des Quasidominus, über diese eine *potestas* auszuüben und für sie zu sorgen in der Aussicht, sie vielleicht gerade in einem Alter, da sie einen ökonomischen Wert zu repräsentieren anfingen, wegen des fiduciarisch bestimmten Ablaufs des Mancipiums manumittieren zu müssen. Andererseits aber konnte es für den *avus* sehr wichtig sein, seine Enkel, die ja doch über kurz oder lang definitiv in seine Gewalt gelangen mussten, von vornherein seiner Herrschaft unterworfen zu sehen.

---

das neuere, zu seiner Zeit in Gebrauch stehende, gegenüberstellen *(utimur (sc. nunc) autem hoc iure ....)*

Diese und ähnliche Erwägungen mögen den Gesetzgeber zum Erlass dieser juristisch inkonsequenten und wie der Zwölftafelsatz eine Ausdehnung der *patria potestas* bezweckenden Bestimmung bewogen haben. Von Gesetzes wegen, nicht wegen des Fortbestehens der *patria potestas* fallen die Kinder des *mancipatus* in die Gewalt des Grossvaters.

Die ganze Lehre von einem bloss partiellen Verzicht auf die Gewalt von seiten des *in mancipio dans* trägt den Charakter des Erzwungenen, Gekünstelten und konnte deswegen ausser den Genannten auch keine Anhänger finden. Sie widerspricht nicht nur dem Charakter der Mancipation und unterschiebt dem Inhalt der vom *mancipio accipiens* gesprochenen Formel eine Reihe von stillschweigenden Willensäusserungen, die wohl alle aus der Nennung des Namens des zu Mancipierenden hervorgehen sollen,[81] sondern ist auch unvereinbar mit dem quellenmässig[82] bezeugten Eintritt einer *capitis deminutio minima* für den *mancipio datus*. Dieser kann unmöglich mehr der Gewalt eines *pater familias* unterworfen sein, aus dessen *familia*, aus dessen Herrschaftskreis er ausgetreten ist.

Mit Recht haben unseres Erachtens Böcking[83] und Schmidt[84] eine gänzliche Aufgabe der *patria potestas* durch die Mancipation angenommen, weil dieselbe Person nicht gleichzeitig zwei differenten Gewalten unterworfen sein könne. Karlowa[85] will diese Begründung nicht gelten lassen, da das *in mancipio esse* wohl eine Form des *ius alienum* über eine Person aber keine *potestas*, keine die ganze Person ergreifende Familiengewalt sei, deswegen auch einer Frau zustehen und vererbt werden könne. Demgegenüber ist zu bemerken, dass sich das *in potestate*, *in manu*, *in mancipio esse* überall wie drei gleich

---

[81] Vgl. Karlowa a. a. O. p. 237; Voigt a. a. O. p. 290.

[82] Gai. I, 162.

[83] a. a. O. § 44 § i.

[84] a. a. O. p. 13 A. 50. Ähnlich Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts I p. 258, 259.

[85] a. a. O. p. 234.

starke Formen des *alieno iure subiectum esse* nebeneinander genannt vorfinden.[86] Diese ständige Nebeneinanderstellung lässt darauf schliessen, dass jede dieser Gewalten gleichzeitig eine andere ausschliesst. Der Unterschied, den Karlowa zwischen *alieni iuris esse* und *alienae potestatis esse* machen will, scheint uns willkürlich. Rechtlich wird das *in mancipio esse* als eine *quasi dominica potestas* aufgefasst und deswegen kann es, wie die eigentliche *dominica potestas*, nicht nur Frauen zustehen und vererbt, sondern sicherlich auch veräussert werden.[87] Karlowa geht eben ganz konsequent von seiner von uns angegriffenen Ansicht aus, denn wenn der Vater nur auf das *ius ex liberis quaestum faciendi* verzichtet, kann der *mancipio accipiens* auch nichts anderes erwerben. Dies Recht allein würde natürlich nicht zu einer die ganze Person umfassenden Gewalt genügen.

Dass schon durch die erste Mancipation die gesamte Gewalt aufgegeben wird, haben nicht nur die Mehrzahl moderner Romanisten, sondern auch die römischen Juristen nie bezweifelt.[88] Wenn sich letztere auch über den Grund des Zwölftafelsatzes nicht klar geworden sind, so erscheint ihnen doch das Sonderbare an der Bestimmung nicht, dass nach dritter Mancipation der Vater die Gewalt endgültig verliert, sondern dass dies nicht schon nach erster Mancipation eintritt.

3. Die Vertreter der Auffassung des Zwölftafelsatzes als eines Strafsatzes müssen diesen ferner auch auf Töchter und

---

[86] Vgl. Gai. I, 49; II, 86; II, 90; II, 96; IV, 80. — Ebenso Vat. Fragm. 298, 300; Stadtrecht von Salpensa in der Rubrik des 21. Kapitels und im Text; die *litterae singulares M. M. P. = manu, mancipio, potestate* in den Einsiedlerexcerpten aus Valerius Probus. (Letztere Stellen citiert Karlowa a. a. O. p. 233).

[87] Derselben Meinung Voigt a. a. O. p. 267, 289

[88] Theophilus ad § 6 J quib. mod. ius. pot. solv. 1, 12 (cit. v. Danz a. a. O. p. 182 N. 823): *filius tacita quadam ratione recurrebat in patris potestatem .... — ... rursus arcana ratione in patris revertebatur potestatem.*

Vgl. auch Gai. epit. I, 6 § 3: *Mancipatio autem, hoc est, manus traditio ..... — ..... pater filium suum mancipat, hoc est, manu tradit.*

Enkel beziehen,[89] sonst ergeben sich folgende gleich unhaltbare Alternativen:

*a.* Entweder endigt die *patria potestas* bei Töchtern und Enkeln schon nach der ersten Mancipation. Dann tritt die Strafe bei Töchtern und Enkel schon nach einmaliger Ausübung der Handlung ein, beim Sohn erst nach dreimaliger. Die Bestimmung käme also einem Verbot des Verkaufs von Töchtern und Enkeln gleich. Es wäre nicht nur, wie Danz[90] sagt, unerklärlich, warum die Strafe den Vater beim Verkauf von Töchtern und Enkeln härter hätte treffen sollen als bei der Veräusserung von Söhnen, sondern es ergäbe sich der Unsinn, dass die Ausübung eines dem *pater familias* unbestritten zustehenden Rechtes als Verschulden qualifiziert würde, oder

*b.* es wird ein Fortbestehen der väterlichen Gewalt angenommen. Dann fallen Töchter und Enkel immer wieder in die *patria potestas* zurück, sie werden durch noch so oft wiederholten Verkauf nicht *liberi patria potestate.*[91] Diese Möglichkeit scheint absolut ausgeschlossen, weil es undenkbar ist, dass die Römer eine Loslösung der Enkel und Töchter von der Familie verunmöglicht, eine solche des Sohnes gestattet haben, wo doch das religiöse, bürgerliche, politische Interesse gerade dessen Verbleiben in der Familie forderte.

Eine extensive Interpretation des Zwölftafelsatzes ist also für die gegnerische Ansicht eine Notwendigkeit. Es ist gänzlich inkonsequent, wenn Ihering[92] die allgemeine restriktive Interpretation der römischen Jurisprudenz schon für die älteste Zeit zulässt. Eine solche kann nach der Lehre unserer Gegner erst aufgekommen sein, als die Zeitrichtung einer Lösung der *patria potestas* günstig war und unter Verkennung der ursprünglichen Bedeutung des Zwölftafelsatzes diesen zum Zweck der Eman-

---

[89] Dass der Wortlaut des Satzes eine solche extensive Interpretation ausschliesse, behaupten wir nicht. Vgl. Danz a. a. O. p. 184.

[90] a. a. O. p. 184.

[91] Vgl. Schmidt a. a. O. p. 14 A. 54 a. E.; Danz a. a. O.

[92] a. a. O. p. 185. Andere, wie Sohm und Cyhlarz folgen einfach der restriktiven Interpretation von Gaius und Ulpian.

cipation unter Vermeidung aller nicht durch seinen strikten Wortlaut geforderten Formalitäten anwandte.[93]

Wer dagegen mit uns den Zwölftafelsatz als eine Ausdehnung der väterlichen Gewalt auffasst, kann den Satz wörtlich interpretieren und braucht sich nicht mit der gesamten römischen Jurisprudenz in Widerspruch zu setzen.[94] Der Satz, der Töchter und Enkel unberücksichtigt lässt, entspringt unserer Anschauung nach der Neigung der Römer, diese hinter dem Sohne als dem unmittelbaren Fortsetzer der Familie zurückzusetzen.[95] Ein Ausscheiden der Tochter schadet der Fortpflanzung der Familie nicht. *Mulier finis familiae est.*[96] Der männliche Enkel aber ist nicht berücksichtigt, weil er nicht der unmittelbare Fortsetzer der Familie ist, weil bei ihm eine Fortpflanzung derselben noch nicht in so naher und sicherer Aussicht steht, wie beim Sohne.[97] Seine Nichterwähnung mag auch beeinflusst sein von der Tatsache, dass die Zahl der Enkel oft

---

[93] Vgl. Danz a. a. O. p. 185; Karlowa a. a. O. p. 242.

[94] Gai. I 132; epit. I 6 § 3; Ulpian X 1.

[95] Diese Neigung äussert sich deutlich im formellen Noterbrecht. Vgl. dazu Karlowa a. a. O. p. 890.

[96] Die von dem Gesichtspunkt der Fortpflanzung ausgehende verchiedene Wertung der beiden Geschlechter findet sich selbst noch in den Anschauungen unserer Zeit. Im alten Rom musste sie, der damaligen Bedeutung der Familie entsprechend, besonders stark zum Ausdruck kommen. Sie zeigt sich namentlich auch in jener *lex Romuli*, welche die Aussetzung aller männlichen Descendenten aber nur der erstgeborenen Tochter verboten haben soll. Die römische Anschauung wird aber auch durch ein religiöses Moment beeinflusst. Nur der männliche Descendent hat das Recht und die Pflicht, die Totenopfer für den verstorbenen Ascendenten vorzunehmen, in seiner Hand liegt die Pflege des Ahnenkultus. Dasselbe religiöse Moment finden wir bei den alten Indern (Manu X, 183; Platz, Geschichte der Aussetzung 1876 p. 2) und noch heute bei den Chinesen. Seine Berücksichtigung von seiten der Mandarinen hat bis heute die zahlreichen gegen die massenhaften Mädchenmorde ergangenen Strafgesetze erfolglos gemacht. Vgl. hierüber die interessanten Äusserungen moderner chinesischer Schriftsteller in Palâtre, L'infanticide en Chine (Shanghai 1878) und Lallemand, Histoire des enfants abandonnés (Paris 1883) p. 611—616.

[97] Aus demselben Grunde ist der Verkauf des verheirateten Sohnes schon nach einer *lex Numae* verboten (Dion. II, 27) und nur der *pubes* fähig, arrogiert zu werden (vgl. Karlowa a. a. O. p. 95).

so gross ist, dass durch Verkauf des einen oder andern keine Gefahr für den Bestand der Descendenz eintritt und von der Erwägung, dass die Möglichkeit eines Verkaufes des Sohnes weit näher liegt, da der ökonomische Wert des Enkels bei Lebzeiten des Grossvaters in vielen Fällen ein äusserst geringer sein wird.

---

Im Gegensatz zu der lebhaft umstrittenen Interpretation des Zwölftafelsatzes *„Si pater filium ter venumduvit, filius a patre liber esto“* herrscht eine seltene Einigkeit darüber, dass in der Kaiserzeit durch Verkuppelung der Tochter, Aussetzung des Kindes und Eingehung einer incestuosen Ehe die väterliche Gewalt ipso iure zur Strafe verwirkt werde.[98] Das ehrwürdige Alter dieser Behauptung und der Um-

---

[98] Bas. 60, 38, 1; Cuiacius: Comm. in Cod. lib. XI tit. 41 c. 6, in Opp. priora T. II p. 202 (Verkuppelung); Cuiacius: Paratitla in Cod. lib. VIII tit. 51 (Aussetzung).

Siehe die ältere Literatur bis 1833 cit. bei Buchholtz: Juristische Abhandlungen Nr. 16: „Über zwei angebliche Fälle des Verlustes der väterlichen Gewalt“ (Königsberg 1833) p. 229 A. 34 (Verkuppelung) und p. 221 A. 1 (Aussetzung).

Von Neueren nehmen Verlust ipso iure zur Strafe an:

*a.* bei Verkuppelung, Incest, Aussetzung: Windscheid, Pandekten II [8] § 525 A. 18; Dernburg, Pandekten III [7] § 31 A. 7; Arndts Pandekten [11] § 426 p. 796; v. Keller, Pandekten [1] § 420 IV 1 (betont ausnahmsweise nicht Strafcharakter); Thibaut: Pandekten [8] (1834) § 494 a. E.; Mühlenbruch, Pandekten III [1] § 559 A. 5 p. 94 und 95; Baron, Pandekten § 366, 3; Müller, Institutionen § 169 A. 3; Binding, Handbuch des Strafrechts I § 70 A. 17; Mandry, Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze [2] p. 258 (3. Aufl. p. 230); Drucker, La protection de l'enfant contre les abus de la puissance paternelle en droit Romain (Thèse, Paris 1894) p. 139; Tétu, Droits du père de famille sur la personne de l'enfant en droit Romain (Thèse, Paris 1895) p. 74, (vgl. jedoch A. 125 a. E.); Gegout, Des limitations à la puissance paternelle (Paris 1897) p. 19; Monnier, Protection de l'enfant contre les abus de la puissance paternelle (Thèse,

stand, dass ihre Richtigkeit die Anerkennung der bedeutendsten Romanisten gefunden hat, dürfen wohl als mildernde Umstände für die hier offenbar vorliegende Übertretung des Satzes „*Non exemplis, sed legibus iudicandum est*“ geltend gemacht werden. Einen Versuch, die herrschende Lehre in zwei Fällen (Verkupplung und Aussetzung) zu widerlegen, machte Buchholtz in Nr. 16 seiner juristischen Abhandlungen „Über zwei angebliche Fälle des Verlustes der väterlichen Gewalt“. Unhaltbarkeit der vorgebrachten Argumente und Inkonsequenz in der Beweisführung mussten von vornherein einen Erfolg ausschliessen. Immerhin hätte die Buchholtzsche Abhandlung zu einer eingehenderen Kontrolle der „Beweisstellen“ führen dürfen.

Diese sind:

---

St. Etienne 1899) p. 26; Cambon, De la protection de la personne de l'enfant contre les abus de la puissance paternelle (Thèse, Lyon 1900) p. 10; Buis, Caractère juridique de la puissance paternelle (Thèse, Lyon 1896) p. 17;

*b.* bei Verkuppelung und Aussetzung: Puchta, Institutionen II [8] p. 390; Sohm, Institutionen [10] § 102 a. A. (p. 463); Czyhlarz, Institutionen [5 und 6] § 115 A. 2 (p. 280); Brinz, Pandekten I [1] § 10 (p. 21); Buchardi, Gemeinrechtliches Erziehungsrecht im Archiv für civ. Praxis VIII p. 171; Rivier, Précis du droit de famille Romain (Paris 1891) p. 107; Taudière, Traité de la puissance paternelle (Paris 1898) p. 50.

*c.* bei Verkuppelung und Incest: Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht III [1] § 143 A. 8 (p. 180); Stölzel, Recht der väterlichen Gewalt in Preussen (Berlin 1874) p. 17 (Aussetzung streitig).

*d.* bei Incest: Roth, Bayrisches Civilrecht I [1] p. 446 A. 4.

*e.* bei Verkuppelung: Lotmar, Der unmoralische Vertrag (Leipzig 1896) p. 124 A. 51; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Abschnitt I A. 167 (p. 67) und Abschnitt IV A. 104 (p. 191) citiert l. 6 C. de spectac. 11, 40 als Beispiel für Rechtsverlust als unmittelbare Folge einer Tat, nimmt aber im Gegensatz zur herrschenden Meinung nicht Straf- sondern Sicherungszweck an.

Vgl. auch viele Vorträge der letzten 20 Jahre, so z. B. v. Doleschall (Budapest) auf dem internationalen Kinderschutzkongress zu Budapest 1899 (Gerichtssaal LVII p. 204).

Diese Fälle des Gewaltverlustes werden jedoch nicht erwähnt von Vangerow, Pandekten; Wendt, Pandekten; Heimbach, Väterliche Gewalt in Weiskes R. Lex XII p. 1 ff.

1. l. 6 C. de spectaculis 11, 41. = l. 12 C. de episcop. aud. 1, 4 (= l. 2 C, Theod. de lenon. 15, 8).
2. l. 2 C. de infant. expos. 8, 51 (52).
3. Nov. 12 cap. 2.

Sowohl die grammatikalische als die logische und historische Interpretation dieser Stellen kann nur zu folgendem Resultate führen:

1. Im Fall der Verkupplung der Tochter und der Eingehung einer incestuosen Ehe geht die väterliche Gewalt unter einzig und allein deswegen, weil diese Verbrechen mit einer mit *capitis deminutio media* (resp. *maxima)* verbundenen Strafe bedroht sind.[99]

2. Kindesaussetzung wird nach l. 2 C. 8, 51 mit dem Tode bestraft. Die väterliche Gewalt geht infolge der mit der Todesstrafe verbundenen *capitis deminutio maxima* unter. In der Auffassung jedoch, in welcher die herrschende Lehre diese Konstitu-

---

[99] Diese Behauptung stellt auch Buchholtz in seiner erwähnten Abhandlung auf. Er begründet sie aber folgendermassen: „Diese Konstitution gibt den Töchtern nur das Recht, bei solchen Handelungen des Vaters sich an den geistlichen (sic!) oder weltlichen Richter zu wenden, und alsdann wird der Vater mit dem Exil bestraft und in die Metallgruben des Staats verurteilt. Durch diese *capitis deminutio* musste er auch seine väterliche Gewalt verlieren, was denn noch namentlich in der Verordnung bemerkt wird. Unmittelbar, *ipso iure,* also geht die väterliche Gewalt nicht durch diese Handelung des Vaters verloren, sondern erst auf die erhobene Beschwerde der Tochter durch den von der väterlichen Gewalt befreienden Ausspruch des Richters (!) Durch diesen letzten Satz gibt Buchholtz seine soeben aufgestellte Behauptung wieder auf und folgt der Ansicht von Donellus, der in der l. 6 C. § 41 einen der l. 5 D. si a parente 37, 12 analogen Fall der erzwungenen Emancipation erblickt. Er führt denn auch in der Anmerkung die „in dieser Beziehung ganz richtige" Meinung von Donellus an: „*Notandum in his causis ... filium ... ipso iure non liberari potestate patris ... sed factum patris et emancipationem intervenire debere*" und die „richtigen" Verse: „*Si genitor saevus est, prostituatve pudorem natae ... invito solvi poterit genitore potestas*".

tion citiert, kann dieselbe gar nicht als Beweisstelle für ihre Behauptung dienen. Der zweite Teil der Stelle, auf den es ankommt, bezieht sich nämlich nur auf die Aussetzung von Sklavenkindern.

Den Beweis der Richtigkeit unserer Ansicht hoffen wir durch folgende eingehende Interpretation der drei Stellen erbringen und damit den Nachweis leisten zu können, dass selbst das spät-römische Recht in seiner willkürlichen, prinzipienlosen Regelung der *patria potestas* niemals den Fundamentalsatz aufgegeben hat: nur der Wille des Vaters kann über den Untergang der *patria potestas* entscheiden. Würde in den drei genannten Fällen eine Verwirkung der väterlichen Gewalt zur Strafe wegen Verletzung der Pietätspflichten eintreten, so wäre damit zweifellos ein mit der ganzen bisherigen Auffassung des Eltern- und Kindesverhältnisses im schroffsten Widerspruch stehendes Prinzip von weittragendster Bedeutung zur rechtlichen Anerkennung gelangt. Die drei, resp. zwei Fälle aber, in welchen dieses neue Prinzip zu Tage getreten wäre, hätten sicherlich in dem Institutionentitel *„quibus modis ius potestatis solvitur“* ausdrücklich Erwähnung gefunden. Dies ist nicht geschehen, während doch sogar die Strafen der Strafknechtschaft und Verbannung wegen der mit ihnen verbundenen alle civilen Rechte aufhebenden *capitis deminutio media* in jenem Titel aufgeführt sind.[100] Über die civilrechtlichen Folgen dieser Strafen aber konnte doch kein Mensch im Zweifel sein. Auch dieser Umstand spricht zu unseren Gunsten.

## I.

### Interpretation der l. 6 C. de spectaculis 11, 41

= l. 12 C. de episcop. aud. (1, 4) = l. 2 C. Th. de lenon. 15, 8.

Die Hauptschuld an dem Entstehen der herrschenden Lehre scheint die Interpretation der l. 6 C. de spectaculis 11, 41

[100] § 1, § 3 h. t.; vgl. auch l. 7 D. de his qui sui 1, 6.

(= l. 2 C. Th. 15, 8) zu tragen. Es darf als selbstverständlich vorausgesetzt werden, dass für die Interpretation nur diese Stelle in Betracht kommt und l. 12 C. de episcop. aud. 1, 4, welche nur einen unvollständigen Auszug aus der l. 6 C. de spectac. bildet, nicht unabhängig von dieser Stelle oder gar im Gegensatz zu ihr erklärt werden kann.[101] Der Sinn unserer Constitution ist keineswegs klar, wie Sintenis[102] behauptet. Ihre Fassung ist geradezu typisch für das barbarische Latein des 5. Jahrhunderts „da eine unerträgliche Weitschweifigkeit, Schwulst, Überladung, hochtrabender Bombast, lächerlich poetischer Prunk den klaren Sinn und die Vorschrift des Gesetzes ganz umhüllen".[103] Auf diese Mängel der Redaktion scheint die Interpretation einerseits zu viel, andererseits zu wenig Rücksicht genommen zu haben. Wendungen, die allerdings als gesucht bezeichnet werden mögen, haben unseres Erachtens eine unzulässig freie Auslegung erfahren, die sich zudem von dem interpretierten Texte nicht durch den Vorzug grösserer Klarheit unterscheidet. Andererseits hat man aus Wiederholungen neue, zum Vorhergehenden im Gegensatz stehende Bestimmungen herauslesen wollen. Deutlich treten diese Fehler der herrschenden Interpretation in der deutschen Übersetzung dieser Stelle durch Sintenis[104] hervor. Da eine andere Übersetzung als die angeführte mit den Behauptungen der herrschenden Lehre

---

[101] Hierauf glaubt Buchholtz a. a. O. ausdrücklich hinweisen zu müssen da die ältere Literatur, welche Buchholtz (A. 34) citiert, gewöhnlich nur l. 12 C. 1, 4 als Beweisstelle angeführt zu haben scheint. In der neueren deutschen Literatur werden die beiden Stellen immer zusammen angeführt. Unmöglich ist es natürlich, wie Taudière a. a. O. zunächst (p. 47 A. 1) beide Stellen zur Unterstützung der Behauptung zu citieren, dass der Entzug der *patria potestas* wegen Kuppelei „zugleich mit schweren Strafen" ausgesprochen werde und nachher (p. 50) im Gegensatz hiezu l. 12 C. 1, 4 allein zum Beweise, dass wegen Prostitution der Tochter die *patria potestas* unabhängig von kriminellen Strafen untergehe. Vgl. auch Drucker a. a. O. p. 137 im Gegensatz zu p. 139.

[102] Deutsche Übersetzung des Corpus juris von Otto, Schilling und Sintenis Bd. VI p. 570 A. 16.

[103] Sintenis a. a. O. Bd. V, Vorrede zum Codex p. X.

[104] a. a. O. Bd. VI p. 569.

nicht wohl vereinbar ist, der Sinn, der sich aus dieser Übersetzung ergibt, auch vollständig mit dem Gothofredischen Kommentar zum Codex Theodosianus übereinstimmt, diese Übersetzung also wohl geradezu als die herrschende bezeichnet werden darf, so werden die Unterschiede zwischen unserer Auffassung und der herrschenden Lehre am deutlichsten gezeigt werden können, wenn wir den lateinischen Text, die Sintenissche Übersetzung und die von uns vorgeschlagene vergleichend nebeneinander stellen.

Impp. Theodosius et Valentinianus A. A. Florentis pp. Lenones patres et dominos, qui suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imponunt nec iure frui dominii nec tanti criminis patimur libertate gaudere. Igitur tali placet eos **indignatione subduci**, ne potestatis iure frui valeant[105] neve quid eis ita possit adquiri. sed ancillis filiabusque, si velint, conductisve pro paupertate personis, quas sors damnavit humilior, episcoporum liceat, iudicum etiam defensorumque implorato suffragio omni miseriarum necessitate absolvi, **ita ut** si insistendum eis lenones esse crediderint vel peccandi ingerant necessitatem invitis, non amittant solum eam quam habuerant potestatem, sed proscripti poenae mancipentur exilii metallis addicendi publicis: quae minor poena est, quam si praecepto lenonis cogatur quispiam coitionis sordes ferre quas nolit D. XI k. Mai. Felice et Tauro conss. (a. 428).

| Sintenis übersetzt: | Wir übersetzen: |
|---|---|
| Die Hurenwirte, welche, zugleich Väter und Herren, ihre Töchter und Sklavinnen zur Unzucht nötigen, sollen des Eigentumsrechts verlustig und wegen eines so scheusslichen Verbrechens nicht frei ausgehen. Sie sollen daher **zur Strafe** weder das Recht der Gewalt | Bordellhalter, welche ihre Töchter und Sklavinnen zur Unzucht nötigen, sollen nicht nur ihr Herrschaftsrecht verlieren, sondern auch wegen eines so grossen Verbrechens nicht frei ausgehen (oder die Freiheit verlieren). Sie sollen also **wegen einer in solchem** |

[105] Codex Theodosianus, Editio Gothofredi (cur. Rittero Lipsiae 1736 bis 1745) T.V p. 432 liest „*nec potestatis iure frui valeat.*“ Diese Lesart scheint mir die richtige zu sein (vgl. unten A. 121).

behalten, noch auf diese Weise etwas erwerben können. Den Sklavinnen und Töchtern aber soll, wenn sie wollen, sowie den ihrer Armut wegen gemieteten Personen, welche ihr unglückliches Geschick so erniedrigt hat, frei stehen, die Hülfe der Bischöfe, der Statthalter und Defensoren anzunehmen, von ihrem elenden Zustande erlöst zu werden; **und** dafern sich die Hurenwirte beifallen lassen, ihnen **ferner** nachzustellen oder sie wider Willen zum Laster zu zwingen, sollen dieselben nicht bloss alle Gewalt, die sie gehabt, verlieren, sondern auch mit der Strafe der Verbannung belegt und in die öffentlichen Bergwerke getan werden. Diese Strafe ist gelinder, als wenn eine Frauensperson auf Befehl eines Hurenwirtes zu niederträchtigen Umarmungen gezwungen wird.

**Masse die Entrüstung erregenden Tat** weggeführt (in exilium) werden und ihr Herrschaftsrecht verlieren und nichts auf solche Weise erwerben können. Die Sklavinnen und Töchter aber können, wenn sie wollen, sowie die wegen ihrer Armut gemieteten Personen, welche ein unglückliches Geschick hierzu verdammt hat, durch die Hülfe der Bischöfe, Statthalter und Defensoren, nachdem sie diese angefleht haben, von ihrem elenden Zustande erlöst werden **auf die Weise,** dass die Bordellwirte, wenn sie etwa geglaubt haben, sie können sie bedrängen, oder sie zur Unzucht zwingen gegen ihren Willen, nicht nur die bisherige Gewalt verlieren, sondern auch mit der Strafe der Verbannung belegt und in die öffentlichen Bergwerke getan werden. Diese Strafe ist gelinder, als wenn eine Frauensperson auf Befehl eines Hurenwirtes zu niederträchtigen Umarmungen gezwungen wird.

Folgendes scheint uns zur Erklärung der zwei verschiedenen Interpretationen ausgeführt werden zu müssen:

I. *Lenones patres et dominos, qui suis filiabus et ancillis peccandi necessitatem imponunt, nec iure frui dominii nec tanti criminis patimur libertate gaudere.*

Schon der erste Satz scheint willkürlich interpretiert worden zu sein. Da der übrige Teil der Constitution grösstenteils nur aus Wiederholungen und näheren Ausführungen des Inhalts dieses Satzes besteht, muss dessen unrichtige Auslegung die richtige Interpretation des Folgenden unmöglich machen.

1. Die erste Hälfte des Satzes umschreibt genau den Tatbestand des durch diese Constitution bedrohten Verbrechens. Hauptmerkmal desselben ist das *necessitatem imponere.* Verkuppelt der Gewalthaber die Gewaltunterworfene mit ihrer Einwilligung, so bleibt er nach die-

sem Gesetze straflos. Es handelt sich hier also weder um *lenocinium* im Sinne der l. 4 § 2 D. de his qui notantur infamia (3, 2), noch um Kuppelei nach den Definitionen der Karolina oder irgend eines modernen Strafgesetzbuches,[106] wie man nach der herrschenden Lehre, die ganz allgemein von Kuppelei spricht,[107] annehmen könnte. Sie hat offenbar zu viel Gewicht auf den Ausdruck *lenones* gelegt, zu wenig auf das *necessitatem imponere* und ist wohl zum Teil dadurch zu der Annahme verführt worden, der erste Teil der Constitution handle von einem viel leichteren Verbrechen als der zweite.

2. Die zweite Hälfte des ersten Satzes enthält eine doppelte Strafandrohung: Verlust der Gewalt und Verurteilung zu öffentlicher Strafe, die dann später als Bergwerkstrafe bezeichnet wird. Die Ausdrucksweise „*nec libertate gaudere*" dürfte wohl schon auf den durch die Bergwerkstrafe eintretenden Freiheitsverlust hinweisen. Durch *nec - - nec* ist so deutlich als möglich ausgedrückt, dass es sich um zwei verschiedene zu gleicher Zeit eintretende Verbrechensfolgen handelt; die Annahme der

[106] Vgl. CCC 122 und 123; Deutsches Str. G. B. §§ 180 und 181; C. pén. fr. art. 335. Dazu Binding, Grundriss des Strafrechts § 155; v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts § 108; Stooss, Grundzüge des schweiz. Strafrechts § 105.

Wesentliches Moment des Tatbestandes ist der Zwang *(necessitatem imponere — si velint — insistendum eis esse — ingerere necessitatem invitis — cogere quampiam coitionis sordes ferre, quas nolit).* Unerheblich ist das *quaestum facere* und namentlich die Verletzung des *officium pietatis.* Die *personae pro paupertate conductae* sind den Töchtern völlig gleichgestellt. Auch richtet sich das Gesetz offenbar nur gegen Bordellhalter (vgl. Gothofred Comm. ad l. 2 C Th. 15, 8). Weitergehend ist ein Gesetz derselben Kaiser vom Jahr 439. (Nov. Theod. II. XVIII). Ebenso ein Gesetz von Leo (a. 457—467) l. 7 C 11, 41 = l. 14 C 1, 4 und Justinians Nov. 14. Alle diese Gesetze sprechen nur von Freien und Sklavinnen, nirgends kommt der Gedanke einer Pietätsverletzung zum Ausdruck.

Nicht recht verständlich ist die Annahme Mommsens (a. a. O. p. 699 A. 7 u. p. 700 A. 1), der in unserer Constitution und in diesen andern Gesetzen ein Verbot, Töchter und Sklavinnen an Kuppler zu verkaufen, erblickt.

[107] Ausnahmsweise richtig Glück II p. 397: „wenn er die Tochter zwingen will".

herrschenden Lehre, dass durch *„nec tanti criminis libertate gaudere“* der in *„nec iure frui dominii“* ausgesprochene Gewaltverlust als Strafe bezeichnet werden soll, ist unhaltbar.[108]

II. Grosse Mühe hat der Interpretation und Textkritik der zweite Satz verursacht. In der von Ritter besorgten Gothofredischen Ausgabe des Codex Theodosianus lautet derselbe:

*Igitur tali placet hanc indignatione subduci nec potestatis iure frui valeat, ne quid eis ita possit adquiri.*

In der Haenelschen Ausgabe[109] erhält er die mit dem Codex Justinianeus übereinstimmende Fassung:

*Igitur tali placet eos indignatione subduci, ne potestatis iure frui valeant neve quid eis ita possit adquiri.*

Der Sinn des Satzes hängt namentlich von der Bedeutung ab, welche dem Ausdruck *indignatio* beigelegt wird. *Indignatio* steht hier für *indignitas*[110] (welches Wort im Corpus iuris überhaupt nicht vorkommt) = das Unwillen Erregende. Je nach der Person, bei welcher der Unwillen erregt wird, kann *indignatio* hier heissen

*a.* die Unwillen erregende Behandlung = *mala tractatio,* auf die Prostituierten bezogen;

*b.* die Unwillen erregende Behandlung = die Strafe, auf die Kuppler bezogen. In der Bedeutung von *poena* steht *indignatio* in l. 2 C. Just. de censib. (11, 58) *„competenti indignationi subici“*. Ob in l. 146 C. Th. de Decurion. 12, 1 *„ne clementia nostra ob contumaciam dissimulantium in maiorem indignationem exsurgat“* wie Gothofred annimmt, scheint mir zweifelhaft. Gothofred betont ausdrücklich, dass *indignatio* in unserer Stelle nur die Bedeutung von *poena* haben könne, und dieser Meinung scheint die herrschende Lehre kritiklos gefolgt zu sein.[111]

---

[108] Anders kann aber nicht interpretiert werden, wenn *tali indignatione* im folgenden Satze sich nur auf den Gewaltverlust beziehen soll. Vgl. unten im Text unter II B.

[109] Codex Theodosianus im Bonner Corpus Juris Anteiustinianeum. Vgl. daselbst in den Noten die verschiedenen Restitutionen der Stelle (p. 1162 NN v-y).

[110] Dirksen, Manuale Latinitatis.

[111] Dirksen, Manuale Latinitatis; Heumann-Thon, Handlexikon; Haenel a. a. O. N. X.

*c.* Die Unwillen erregende **Handlung**, auf den Kaiser oder die Allgemeinheit bezogen. In dieser Bedeutung kommt *indignatio* vor bei Quintilian Declam. 5, 1: *„Nec intelligit, maiorem se factis meis auctoritatem hac indignatione conferre“.*[112]

*A.* Bezöge sich *indignatio* auf die Töchter etc., so müsste es Objekt von *subducere* sein. Es wäre die Lesart der Editio Gothofredi des C. Th. zu restituieren „. . . . *hasce indignationi subduci*“ = „sie sollen aus einer solch schimpflichen Behandlung entfernt werden“, was für die herrschende Lehre spräche. *Indignatio* findet sich aber nun in allen uns bekannt gewordenen Handschriften und Ausgaben der beiden Codices im Ablativ vor.[113] Auch scheint diese Interpretation wegen des Subjektwechsels im folgenden Satz ausgeschlossen und ist u. W. auch niemals angenommen worden. *„Omnis sermo et comminatio in parentes et dominos hic dirigitur“* sagt Gothofred mit Recht.

*B.* Hat *indignatio* die Bedeutung von *poena*, so ist *tali indignatione* Ablativus instrumenti und kann sich nur auf die im ersten Satz erwähnte Strafe beziehen, nicht etwa auf den folgenden Nebensatz, der ja wegen des Adjektivum *talis* ein Konsekutivsatz sein müsste;[114] als finaler Hauptsatz kann er wohl schwerlich aufgefasst werden. Es ergibt sich also der Sinn:

Daher müssen die Kuppler durch die vorgeschlagene Strafe, was nach der herrschenden Lehre nur heissen kann, durch den Verlust der Gewalt, weggenommen werden *sc. ab imponenda filiabus et ancillis peccandi necessitate*, von der Möglichkeit, die Gewaltunterworfenen zur Unzucht zu zwingen, wie Gothofred und nach ihm Haenel erläutern.

---

[112] Vgl. dazu Forcellini, Lexicon latinum; Georges, Lateinisch-deutsches Handwb.

[113] Vgl. Haenel a. a. O. N. X., dazu l. 2 § 5 D. 49, 4 und Dig. Ed. Mommsen N. 9 ad h. t.

[114] Dies scheint Haenel a. a. O. betonen zu wollen, wenn er erläutert; *„Lenones patres et dominos tali indignatione proposita subduci placet“* ebenso Beck (Jus civile anteiustinianeum. Berlin 1815), wenn er die sinnlose Lesart der Gothofredischen Ausgabe restituiert; *„tales placet hac indignatione subduci“.*

Wenn nun *tali indignatione* nur bezweckt, den Verlust der Gewalt als Strafe zu bezeichnen, im Grunde aber gleichbedeutend ist mit „Verlust der Gewalt", so kann sich der folgende Finalsatz *„ne potestatis iure frui valeant"*, wenn sich nicht ein krasser Unsinn ergeben soll, natürlich nicht noch einmal auf den Gewaltverlust beziehen, sondern nur auf die aus dem Gewaltverlust resultierende Verunmöglichung des Erwerbes durch Unzucht der Gewaltunterworfenen.[115] Diese aus dem Vorhergehenden notwendigerweise folgende Interpretation scheint aber ausgeschlossen, weniger deshalb, weil derselbe Gedanke in *„neve quid eis ita possit adquiri"* wiederkehren würde, als vielmehr weil

1. dem *„potestatis iure frui"* eine andere Bedeutung zukäme als dem *„iure frui dominii"* des ersten Satzes und
2. weil es höchst unwahrscheinlich ist, dass als Zweck des Gewaltentzuges, also „der Strafe", Verunmöglichung des kupplerischen Erwerbes angegeben wird, während dieser ja gar nicht wesentliches Merkmal des Tatbestandes bildet.[116]

Wirklich scheint denn auch *„potestatis iure frui valeant"* regelmässig übersetzt worden zu sein „damit sie die Gewalt verlieren" oder einfach als Hauptsatz „sie sollen die Gewalt verlieren". Wenigstens spricht dafür die Bemerkung von Sintenis[117] „dass wegen des deutlich ausgesprochenen Willens des Kaisers, *ne potestatis iure frui valeant,* in die Verkupplung selbst ein Aufhebungsgrund der väterlichen Gewalt gesetzt werden dürfe". Wie dann der Hauptsatz interpretiert werden soll, bleibt allerdings unverständlich. Jedenfalls läge die Annahme am nächsten, unter *„tali indignatione"* eine derartige öffentliche Strafe, wie z. B. das Bergwerk, zu verstehen, durch deren Verhängung der Entzug der Gewalt erreicht werden kann. Diese

---

[115] Es muss dann übersetzt werden: „damit sie nicht aus ihrem Gewaltrecht Nutzen ziehen *(frui)* können".

[116] Vgl. A. 106.

[117] Das praktische gemeine Civilrecht III[2]. p. 172 A. 8. Ebenso die oben im Text angeführte Übersetzung.

Interpretation, welche aber für die Richtigkeit unserer Behauptung spräche, scheint uns sogar die einzig mögliche, wenn wir den Satz mit Gothofred restituieren: *„Igitur tali placet hosce indignationi subJici (vel subdi) ut nec potestatis iure frui valeant“* und es ist daher unverständlich, dass Gothofred, der doch seine Restitution für richtig halten musste, sich zur herrschenden Lehre bekennen konnte. Diese Restitution zu acceptieren, liegt aber kein Grund vor, um so weniger, als abgesehen vom Codex Justinianeus auch die vatikanische Handschrift[118] des Codex Theodosianus und die nach ihr veranstaltete Ausgabe von Dutillet[119] *„indignatione subduci ne .....“* liest.[120] Übrigens ist auch der Sinn dieser Interpretation nicht plausibel, denn es ist wohl geradezu unmöglich, dass der Kaiser, wenn seine Absicht auf Verlust der Gewalt gerichtet ist, nur durch das Mittel einer so ausserordentlich schweren Strafe, welche die Existenz eines Menschen auf Lebenszeit gänzlich vernichtet, seine Absicht erreichen zu können glaubt.

*C.* An Stelle dieser äusserst gekünstelten und unwahrscheinlichen Interpretationsarten, die zum Teil zur Erklärung willkürlicher Zusätze bedürfen, tritt eine einfache, klare und zudem mit den übrigen in der Konstitution befolgten Anordnung im Einklang stehende Strafbestimmung, wenn wir

1. *indignatio* die unter c. erwähnte Bedeutung geben = Unwillen erregende Tat und
2. an Stelle der sinnverwirrenden Lesart *„ne potestatis iure frui valeant“* diejenige der Gothofredischen Ausgabe des Codex Theodosianus setzen: *„nec potestatis iure frui valeat“*.[121]

---

[118] Codex Vaticanus Reginae Sueciae 886.

[119] Paris 1550. — Die vatikanische Handschrift sowie Dutillet sind Gothofred unbekannt geblieben. (Haenel Cod. Theod. Praefatio p. XVIII).

[120] Haenel l. c. N. v.

[121] *a.* Die Argumente, welche sich aus dem Vorhergehenden und Folgenden für die Richtigkeit dieser Lesart ergeben, fallen u. E. schwerer ins Gewicht als die Tatsache, dass die vatikanische Handschrift in Übereinstimmung mit dem Cod. Just. *ne valeant* liest. Dies mag wohl Haenel vorzüglich bewogen haben, sich für die herrschende Lesart zu entschei-

Tali indignatione ist dann als Ablativus causae aufzufassen und es ergibt sich die Übersetzung:

„Die Kuppler sollen also wegen einer in solchem Masse die Entrüstung erregenden Tat weggeführt, d. h. verbannt werden *(sc. in metallum* oder *exilium)* und weder ihre Gewalt behalten, noch auf so schimpfliche Weise *(ita)* etwas erwerben können".

Wie im ersten und vierten Satze der Constitution werden auch hier öffentliche Strafe und Verlust der Gewalt nebeneinander genannt,[122] als ob es sich um zwei verschiedene Strafen handelte und wie im ersten und letzten Satze werden auch hier Höhe der Strafe und Grösse des Verbrechens gegenübergestellt.[123]

III. *Sed ancillis filiabusque, si velint, conductisve pro paupertate personis .... episcoporum liceat, iudicum etiam defensorumque implorato suffragio omni miseriarum necessitate absolvi, ita ut lenones non amittant solum eam quam habuerant (C. Th. habuerint) potestatem, sed proscripti poenae mancipentur exilii metallis addicendi publicis.*

*A.* Wer auf dem Boden der herrschenden Lehre steht, wird sich ohne Zuhülfenahme seiner Phantasie schwerlich erklären können:

---

den. Dass aber auch die herrschende Lehre und die von früheren Textkritikern vorgenommene Korrektion dieser Stelle nach der Lesart des Cod. Just. ihn beeinflusst hat, ist nicht unwahrscheinlich (vgl. Haenel a. a. O. A. y) — *valeat* analog *placet, possit* dürfte *valeant* vorzuziehen sein. Für die Interpretation bleibt sich dies natürlich gleich.

*b.* Ob weiter, im zweiten Satz, *nec* oder *neve* gelesen wird, bleibt sich gleich. Gothofred gibt *nec* als Lesart des Cod. Just. an. In allen neueren Ausgaben findet es sich bereits zu *neve* korrigiert. Cod. Theod. Ed. Goth. liest *ne,* erst Haenel korrigiert *neve. ne* aus dem im Text (vgl. A. 116) angeführten Grunde unwahrscheinlich.

[122] *nec libertate gaudere — iure frui dominii; subduci — potestatis iure frui; proscripti poenae mancipentur exilii — non amittant solum potestatem.*

[123] *tanti criminis; tali indignatione; quam si praecepto lenonis cogatur quisquam coitionis sordes ferre.* Auch in der Ausdrucksweise *„si insistendum eis lenones esse crediderint"* scheint uns das Freche einer solchen Handlungsweise angedeutet zu sein.

1. warum die Prostituierten die Hülfe der Bischöfe, Statthalter oder Defensoren anzuflehen brauchen, um aus ihrer elenden Lage befreit zu werden,
2. worin das Einschreiten der genannten Organe besteht und auf welche rechtliche Basis es sich stützt.

Wenn nämlich die Gewaltunterworfenen schon durch die Tat des Gewalthabers frei werden, derselbe sie also durch kein Rechtsmittel weder in seinem Hause zurückhalten noch, wenn sie sich entfernen, wieder in dasselbe zurückbringen kann, so steht es ihnen ja frei, sich selbst aus ihrer elenden Lage zu befreien. Werden sie aber von dem Gewalthaber rechtswidrig und mit Gewalt in dem Bordell zurückgehalten, so wird ihnen damit faktisch die Möglichkeit genommen, die Bischöfe, Statthalter und Defensoren um Hülfe anzugehen. Auch die freieste Interpretation der Worte „*omni miseriarum necessitate absolvi*" wird kaum zu dem Resultate gelangen, es handle sich hier um einen Schutz gegen Zurückbringen der entwichenen Prostituierten, welches der Bordellhalter gewaltsam oder durch widerrechtliche Anmassung einer Klage zu erreichen sucht. Dass daran auch nicht von der herrschenden Lehre gedacht wird, geht aus deren Annahme hervor, weitere Versuche der Bordellhalter, der von der Gewalt Freigewordenen nachzustellen, um sie zur Unzucht zu zwingen, werden mit dem Bergwerk bestraft.[124] Wie hat sich überhaupt die herrschende Lehre das Einschreiten der Bischöfe oder Statthalter oder Defensoren vorgestellt und wie hat sie es rechtlich begründet? Wir haben uns vergebens bemüht, von der herrschenden Lehre ausgehend eine Beantwortung zu finden und glauben uns daher gezwungen, dem Beispiel der

---

[124] Die herrschende Lehre übersieht dabei vollständig, dass die nach ihr herrenlos gewordenen Sklavinnen von jeder Drittperson *in libertatem* mancipiert werden können. Würden nun diese frei gewordenen Sklavinnen oder die durch die Tat des Bordellhalters ihrer vertraglichen Verpflichtungen enthobenen *personae liberae conductae* gewaltsam in das Bordell zurückgeschleppt, so wäre der Tatbestand des Frauenraubes gegeben und der *leno* würde mit dem Tode, nicht mit dem Bergwerk bestraft; vgl. l. 5 § 2 D. 48, 6.

Glossatoren und Commentatoren folgen zu müssen, d. h. diese Frage mit Stillschweigen zu beantworten.[125]

*B.* Wohl aber scheint uns aus den uns bekannt gewordenen Rechten und Pflichten der Bischöfe, Statthalter und Defensoren hervorzugehen, dass ihr Einschreiten zu Gunsten der Prostituierten nur die Verurteilung des Kupplers zur Bergwerksstrafe bezwecken kann. Unsere Stelle scheint übrigens ganz deutlich zu sagen, dass die Befreiung der Prostituierten aus ihrem elenden Zustande eben dadurch erfolgt, dass diese Organe die Verurteilung der Kuppler zur Bergwerkstrafe erwirken:

*episcoporum, iudicum etiam defensorumque suffragio .... necessitate absolvi, ita ut*[126] *lenones proscripti poenae mancipentur ...*

*a.* Von den Genannten ist allerdings nur der Provinzialstatthalter kraft kaiserlicher Delegation kompetent, das Urteil selber zu fällen, nicht der Defensor und noch weniger

[125] So die Glosse. — Gothofred weist darauf hin, dass die Bischöfe und Defensoren die Armen, Schwachen und Unterdrückten zu beschützen berufen sind. Und die Statthalter? — Donellus nimmt offenbar wegen der hier genannten Organe an, es handle sich um erzwungene Emancipation (vgl. A. 99). Er stellt sich das Verfahren so vor: „*si interpellatus et rogatus pater recuset manumitere, cogetur per iudicem, qui de ea re caussa cognita statuet. Agendi et cogendi ratio haec erit. Adibit filius magistratum et postulationem exponet. Evocabitur a magistratu pater, et sive vocatus veniet, sive adesse noluerit caussam magistratus cognoscet; quae si illi probabitur, tum sive pater praesens cessat adhuc in praesentia filium manumittere, sive is evocatus abest: magistratus pronuntiabit emancipationem iure deberi, aut si voles, filium sui iuris esse. Post quam sententiam statim eripietur filius in suam potestatem, quasi a patre esset emancipatus, nullo alio amplius patris facto, aut voluntate eius exspectata*". Dazu ist zu bemerken: 1. Hat sich das Verfahren bei erzwungener Emancipation so gestaltet, so ist das erst unter Justinian möglich gewesen *(Emancipatio Justinianea)*. 2. Bischof und Defensor ignoriert Donellus. 3. Überhaupt ist seine Annahme gänzlich willkürlich. — Erzwungene Emancipation nimmt nicht nur hier, sondern auch im Fall der incestuosen Ehe und der Aussetzung an: Tétu a. a. O. p. 74.

[126] Diese Worte sind in der Sintenis'schen Übersetzung einfach übergangen.

der Bischof „als geistlicher Richter," wie Buchholtz[127] annimmt.

*b.* Zwar steht dem Defensor zur Zeit dieses Erlasses (a. 428) offenbar schon kriminelle Jurisdiction zu,[128] aber diese ist, wie auch später nach der justinianeischen Reorganisation des Defensorenamtes nur auf ganz geringe Vergehen beschränkt, mit welchen der Statthalter nicht belästigt werden soll.[129] Dagegen haben die Defensoren in unserm Fall die Pflicht, kraft der ihnen verliehenen kriminalpolizeilichen Befugnisse die durch die Prostituierten denunzierten Bordellhalter verhaften zu lassen, und sie unter sicherer Bewachung dem Provinzialstatthalter zur Verurteilung zu übersenden.[130] Auch können sie eine Voruntersuchung einleiten und deren Ergebnisse in einer Eingabe an den Statthalter dem Verbrechertransport mitgeben.[131]

*c.* Was nun den Bischof betrifft, so ist zu bemerken, dass dieser niemals kriminelle Jurisdiction besessen hat.[132] Auch in der Ausübung der kirchlichen Disziplinargewalt kann er keine weltlichen Strafen verhängen.[133] Der Bischof scheint hier ein-

---

[127] a. a. O.; s. A. 99.

[128] Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte I p. 896. — Interpretation zu l. 8 C. Th. de iurisd. 2, 1 (a. 395). Vorher fehlte sie ihm gänzlich, l. 7 C. Th. de defens. 1, 29 *„nulias infligant multas, nullas exerceant quaestiones"* (a. 392).

[129] l. 5 C. J. de defens. 1, 55 (= l. 7 C. Th. 1, 29, s. A. 128) *„nullas infligant multas, saeviores non exerceant quaestiones"*. Nov. 15 c. 6 § 1.

[130] l. 8 C. Th. de exhib. vel. transmitt. reis 9, 2 = l. 7 C. J. de defens. 1, 55 (a. 405) vgl. auch l. 7 C. Th. 29, 7 = l. 6 C. J. h. t.; l. 34 §§ 5 u. 6, l. 22 pr. C. J. de episc. aud. 1, 4.

[131] Mommsen, a. a. O. p. 309.

[132] Gegen Buchholtz (s. A. 99) l. 7 C. J. de episcop. aud. 1, 4; l. 23 C. Th. de episcop. 16, 2. Löning, Geschichte des deutschen Kirchenrechts im Mittelalter Bd. I p. 304, Mommsen a. a. O. p. 294 A. 2, p. 295 A. 2. Bethmann-Hollweg, Römischer Civilprozess III p. 114. (Über den Anteil des Bischofs an der bürgerlichen Rechtspflege seit Constantin sehr ausführlich Löning a. a. O. p. 289 ff.). Die richterliche Tätigkeit beschränkt sich seit dem J. 398 auf schiedsrichterliche Entscheidungen in Civilsachen.

[133] Mommsen a. a. O. p. 293. — Vgl. über die kirchliche Disziplinargewalt nach Constantin Löning a. a. O. p. 262 ff. An deren Handhabung

fach vom Kaiser beauftragt zu sein, dafür zu sorgen, dass die Gesetzesvorschrift nicht auf dem Papier stehen bleibt. Er kommt dieser Aufgabe dadurch nach, dass er die ihm angezeigten Bordellwirte dem zuständigen Richter oder auch bloss den mit der Verhaftung betrauten Beamten[134] denunziert und hierauf kraft seiner faktischen Machtstellung oder durch Beschwerden,[135] welche an die den erwähnten Organen vorgesetzten Behörden, eventuell direkt an den Kaiser gerichtet sind, für eine gewissenhafte Durchführung des Strafverfahrens sorgt. Die Aufgabe, neben den Staatsbeamten[136] auf die Ausführung der Gesetze zu achten, wird den Bischöfen namentlich da zu teil, wo es sich um Gesetze handelt, welche „christliche Grundsätze und Anschauungen auch im öffentlichen Leben verwirklichen sollen" (Löning) und deren Erlass direkt auf kirchlichen Einfluss zurückzuführen ist. Dahin gehören nicht nur die Gesetze gegen

---

ist aber so wenig gedacht wie in den in AA. 137, 138 citierten Stellen. Allerdings könnte der Bischof den Kuppler wegen einer Todsünde mit dem Kirchenbann bestrafen und seine Wiederaufnahme in die Kirche vom Verzicht auf seine Gewalt *(manumissio in ecclesiam — emancipatio)* über Sklavinnen und Töchter als einer Gott wohlgefälligen Entsagung von irdischem Besitz (vgl. A. 11) abhängig machen oder die Freilassung der Prostituierten allein als Bussopfer auferlegen. — Auch das Asylrecht der Kirche fällt hier nicht in Betracht. Dieses gewährt seit 399 (Löning a. a. O. p. 320 A. 1) nur flüchtigen Verbrechern Schutz, nicht Gewaltunterworfenen gegen Misshandlung und Prostitution von seiten der Gewalthaber, wie dies vor dem Gesetz des Arcadius (a. 398) der Fall war (l. 3 C. Th. 9, 45).

[134] Sind dies Defensoren, so besitzt der Bischof auf sie speziellen Einfluss wegen des ihm bei ihrer Wahl zustehenden Bestätigungsrechtes (l. 8 C. J. 1, 55).

[135] Ein gesetzliches Beschwerderecht über die Statthalter wird dem Bischof erst von Justinian eingeräumt (l. 33 C. J. 1, 4. Nov. 86 c. 1 vgl. auch Nov. 86 c 2, 4; Bethmann-Hollweg a. a. O. p. 115; Mommsen a. a. O. p. 295). Doch dass die Bischöfe dies Beschwerderecht sich schon vor der gesetzlichen Anerkennung anmassten und mit Erfolg anwandten, scheint zweifellos.

[136] Ein Unterschied zwischen Bischöfen und Staatsbeamten besteht darin, dass den Bischöfen für Unterlassung der Ausübung dieser Rechtspflicht niemals Strafen angedroht wurden wie den staatlichen Beamten. Auch ergeht die Aufforderung an sie *verbis precativis*, an die staatlichen Beamten dagegen *verbis imperativis*.

die Heiden[137] und diejenigen, welche die Ausübung christlicher Liebe und Barmherzigkeit bezwecken,[138] sondern nach unserer Meinung auch die Bestimmungen, durch welche der von der Kirche geführte Kampf gegen die Unzucht unterstützt werden soll.[139] Durch dieses Einwirkungsrecht des mächtigen Bischofs auf die Strafrechtspflege wird im vorliegenden Fall die Tochter gegen die Niederträchtigkeit ihres Vaters viel mehr geschützt als durch die Bussandrohungen, welche die bestechlichen Statthalter und das corrumpierte niedere Beamtengesindel jener Epoche zur Erfüllung ihrer Pflichten anhalten sollen. Es ist auch nicht anzunehmen, dass, wo es galt, heidnischer Sittenlosigkeit zu steuern, die Bischöfe wie bei anderen Verbrechen es vielmehr als ihre Aufgabe betrachten, den Übeltäter der Strafe

[137] l. 19 C. Th. de pagan. 16, 10 — Const. Sirmond. XII (Honorius a. 408).

[138] *a.* Sorge für ausgesetzte Kinder l. 2 C. Th. de expos. 5, 7. (Honorius und Theodosius a. 412) — l. 3 C. J. de inf. expos. 8, 51 = l. 24 C. J. de episc. aud. 1, 4 (Justinian a. 529).

*b.* Humane Behandlung der Gefangenen l. 7 C. Th. de custodia reor. 9, 3 i. f.: „*Nec deerit antistitum Christianae religionis cura laudabilis, quae ad observantiam constituti iudicis hanc ingerat monitionem*“ (Honorius und Theodosius a. 409).

*c.* Verbot der gewaltsamen Freiheitsberaubung zurückgekaufter Kriegsgefangener durch den Käufer unter Androhung von Verbannungs- und Bergwerksstrafe l. 2 C. Th. de postliminiis 5, 5 = l. 11 C. J. de episc. aud. 1, 4, § 4: „*Ut facilis exsecutio proveniat, Christianos proximorum locorum huius rei sollicitudinem gerere*“. — Constit. Sirmond. XVI: „*Et ut facilis exsecutio proveniat imperatis, christianae sacerdotes vicinorum et proximorum locorum ecclesias retinentes, quorum moribus congruit effectus talium necessitatum caussis adeant judices, legis nostrae auxilium petituri*“ (Honorius und Theodosius a. 409).

[139] Es scheint der Kaiser dadurch, dass er in unserem Fall dem Bischof Befugnisse einräumt, doch auch auf die Sittlichkeitsbestrebungen der Kirche und nicht nur auf die Pflicht ihrer Diener, Barmherzigkeit zu üben, Rücksicht genommen zu haben. Letzteres wird einseitig von Löning a. a. O. p. 325 betont. Ausser der Const. 6 C. J. 11, 41 gehört hieher l. 7 h. t. = l. 14 C. J. de episcop. aud. 1, 4. § 1: „Οἷς (τοῖς ἄρχουσιν ἢ τοῖς ἐπισκόποις, μελήσει τὸ μηδὲ ἄκουσαν γυναῖκα δούλην ἢ ἐλευθέραν συνεῖναι συγχωρεῖν μίμοις ἢ χοροῖς ἢ ἄλλην θέαν ἐν τοῖς θεάτροις ἐκτελεῖν ἀναγκάζεσθαι“. (Leo 457/467) und namentlich die unserer Stelle ähnliche Verordnung Justinians vom Jahr 534: l. 33 C. J. de episc. aud. 1, 4.

durch den weltlichen Richter zu entziehen, anstatt ihn demselben auszuliefern.[140]

*C.* Nach dem Vorhergehenden ist es klar

1. dass sich aus den Worten *„si insistendum eis lenones esse crediderint vel peccandi ingerant necessitatem invitis“* kein von *„peccandi necessitatem imponere“* abweichender Tatbestand ergibt, noch dass damit Wiederholung des Verbrechens bezeichnet werden soll.[141]
2. dass die Worte *„non amittant solum eam quam habuerant (vel habuerint)*[142] *potestatem sed proscripti poenae mancipentur exilii metallis addicendi publicis“* nur die Wiederholung der zwei bereits erwähnten Strafen und zugleich eine genauere Definition der öffentlichen Strafe bezwecken.

*D.* Durch diese dreimalige Nebeneinanderstellung von Gewaltverlust und öffentlicher Strafe wird der Anschein erweckt, es handle sich um zwei verschiedene Strafen. Da aber zugleich immer betont wird, dass beide Strafen gleichzeitig eintreten, so ist es klar, dass der Verlust der Gewalt nur eine der Rechtsfolgen ist, die sich aus der mit der Bergwerksstrafe verknüpften *capitis deminutio maxima*[143] ergeben. Auch in anderen Straf-

---

[140] Vgl. Mommsen a. a. O. 296. Löning a. a. O. p. 310.

[141] Entgegengesetzter Ansicht die herrschende Lehre: vgl. Sintenis' Übersetzung; Bartolus: *„Patres, vel domini si filiabus aut ancillis peccandi praebent necessitatem, earum perdunt potestatem, qui si in id insistant, poena eius legis puniuntur.* A. M. in den Basiliken LX, 38, 1: *„Si pater filiam, vel dominus ancillam prostituerit, amittant potestatem, quam in eis habent. Ipsae vero posthac si hoc vitio liberari velint adeant episcopum et Praesidem et defensorem, auxilium nacturae. Quodsi huic rei obnitatur pater vel dominus, praeter amissionem potestatis etiam publicationem bonorum et exilium in metallum sustinent.“* — Es soll noch einmal das Hauptmerkmal des Tatbestandes betont werden (s. A. 106 Abs. 2).

[142] C. Th. liest *habuerint.* Dies scheint uns *habuerant* vorzuziehen, weil aus dem Perfectum praeteritum auf einen schon früher eingetretenen Gewaltverlust geschlossen werden könnte.

[143] Nach Justinianeischem Recht tritt mit der Bergwerksstrafe nur noch *capitis deminutio media* ein. Nov. 22 cap. 8. Wird das Verbrechen von

gesetzen liebt es der Kaiser, mit der Strafe regelmässig verbundene Rechtsfolgen besonders hervorzuheben, in der naiven Absicht, dadurch die Strafandrohung wirksamer zu gestalten. In unserer Stelle kann übrigens aus dem Schlußsatz entnommen werden, dass einzig und allein die Bergwerksstrafe verhängt wird, indem das durch diese Strafe zugefügte Übel in Gegensatz gestellt wird zu den Leiden, welche eine Frauensperson ertragen muss, die wider ihren Willen zum Beischlaf gezwungen wird: *„quae minor poena est, quam si praecepto lenonis cogatur quispiam coitionis sordes ferre, quas nolit“.*[144]

## II.

## Interpretation der Nov. 12 cap. 2.

εἰ μέντοι τύχοιεν ἐκ προτέρων γάμων ἀμέμπτων παῖδες ὄντες αὐτῷ, ἢ ἔγγονοι τυχὸν ἢ καὶ περαιτέρω, τὴν πατρῴαν εὐθὺς ἐκεῖνοι λήψονται διαδοχήν, αὐτεξούσιοι μὲν τῇ τοῦ πατρὸς τιμωρίᾳ γινόμενοι, τρέφοντες, δὲ ὅμως, αὐτὸν καὶ τὰ ἄλλα τῶν ἀναγκαίων παρέχοντες. εἰ γὰρ καὶ τῶν νόμων ὑπερόπτης εἴη καὶ ἀσεβής, ἀλλὰ πατὴρ ὅμως ἐστί.

Si vero contigerit ex prioribus nuptiis inculpabilibus filios esse ei, aut nepotes forte, aut ulterius, paternam mox illi accipiant successionem, suae **quidem** potestatis patris **supplicio** facti,[145] pascentes autem eum et alia necessaria praebentes. Nam licet legum contemptor et impius sit, tamen pater est.

Sin autem ex prioribus inculpatis nuptiis liberos vel nepotes, vel etiam ulteriores habeat, statim illi paternam hereditatem

---

Standespersonen begangen, so tritt regelmässig an Stelle der Bergwerksstrafe mit *capitis deminutio media* verknüpfte Verbannung.

[144] Es muss auch darauf hingewiesen werden, dass in allen folgenden Kuppeleigesetzen nur von der Bergwerksstrafe, nicht vom Gewaltverlust die Rede ist. Nov. Theod. II 18; l. 14 C. J. 1, 4; l. 7 C. J. 11, 41; Nov. 14.

[145] Freiesleben (im deutschen Corpus iuris von Otto, Schilling und Sintenis Bd. III p. 98) übersetzt: „sie empfangen das väterliche Vermögen und werden von der Gewalt des Vaters, zur Strafe desselben, frei“.

accipiant **ut per poenam** patris suae potestatis fiant,[145] illium tamen alant, eique reliqua necessaria praebant. Nam licet legum contemptor et impius sit, tamen pater est.

Si vero ex prioribus nuptiis culpa vacuis liberi ei sint vel forte nepotes vel etiam ulteriores, illi protinus paternam accipiant successionem, **ut per** patris **poenam** sui iuris fiant, illum tamen alant eique reliqua necessaria praestent. Licet enim legum contemptor et impius sit, at utique pater est.

Der Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ist so unzweideutig, dass man sich überhaupt gar nicht erklären kann, wie die herrschende Lehre auf Grund des cap. 2 Nov. 12 die Behauptung aufstellen konnte, wegen Eingehung einer incestuosen Ehe gehe die väterliche Gewalt zur Strafe unter. Der griechische Text sowohl wie die drei vorhandenen richtigen lateinischen Übersetzungen schliessen eine derartige Interpretation schlechtweg aus.

Die falsche Behauptung scheint erst im 19. Jahrhundert aufgekommen zu sein.[146] Seither aber steht sie unangegriffen als richtig fest.[147] Es wird nur darüber gestritten, ob in den Gebieten des gemeinen Rechts seit Inkrafttreten des deutschen Reichsstrafgesetzbuches, das den Verlust der väterlichen Gewalt als Strafmittel nicht kennt, dieselbe infolge Eingehung einer incestuosen Ehe verwirkt werde, da es zweifelhaft sei, ob in der Nov. 12 cap. 2 der Strafzweck gegenüber dem Motiv der Unwürdigkeit zurücktrete oder ob letzteres durchschlage „wie in der l. 6. C. de spectaculis 11, 41 und der l. 2 C. de infant. expos. 8, 51". Dies nehmen Binding[148] und Dernburg[149]

---

[146] Die Glosse scheint ausdrücken zu wollen, dass der Gewaltverlust in der öffentlichen Strafe enthalten sei, wenn sie kommentiert: „*Supplicio i. in poena patris, quae magna est*". — „*Supplicio patris liberi sui iuris fiunt*". —

[147] Die in A. 98 unter *b* Citierten, welche incestuose Ehe nicht erwähnen, unterlassen es, gegen die herrschende Ansicht zu polemisieren.

[148] Handbuch des Strafrechts I p. 330 A. 17.

[149] Pandekten Bd. III[7] § 31 A. 7.

an, während Mandry[150] und Windscheid[151] mit Recht das Moment der Pflichtverletzung in Nov. 12 cap. 2 für nicht vorhanden erklären. Fest steht dagegen für alle, dass nach römischem Recht wegen incestuoser Ehe die Gewalt *ipso iure* zur Strafe untergeht. „Nach der Natur der Sache", sagt Mandry, „wie dem unmittelbaren Inhalt der Novelle und nach dem Zusammenhange des cap. 2 mit cap. 1 ist am Strafzweck nicht zu zweifeln". Selbst Buchholtz,[152] der doch die herrschende Interpretation der l. 6 C. de spectaculis 11, 41 und der l. 2 C. de infant. expos. 8, 51 zu widerlegen versucht hat, schweigt bezüglich der Nov. 12 cap. 2 und auch Roth,[153] der ausnahmsweise die herrschende Lehre in den zwei andern Fällen nicht teilt, nimmt bei Incest Gewaltverlust zur Strafe an.

Wenn der Gesetzgeber den durch die Deportationsstrafe (τῇ τιμωρίᾳ, *supplicio, per poenam*) wegen der mit ihr verbundenen *capitis deminutio media* selbstverständlich eintretenden Gewaltverlust hier ausdrücklich erwähnt (im Gegensatz zu den Novellen 139 und 154),[154] so geschieht dies lediglich um juristische Bedenken

1. bezüglich der Successionsfähigkeit der Kinder in das Vermögen ihres noch lebenden Vaters und
2. bezüglich des Fortbestehens der Alimentationspflicht derselben nicht aufkommen zu lassen.

Mit der auf Eingehung einer incestuosen Ehe gesetzten Deportationsstrafe ist nämlich seit Tiberius regelmässig Konfiskation des gesamten Vermögens verknüpft.[155] Diese wird hier

---

[150] Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze 2. Aufl. p. 258 (3. Aufl. p. 230).

[151] Pandekten [8] II § 525 A. 18.

[152] Juristische Abhandlungen Nr. 16.

[153] Bayrisches Civilrecht Bd. I [1] p. 446 A. 4.

[154] In diesen Novellen wird das Verbot, incestuose Ehen zu schliessen, ebenfalls unter Androhung der Verbannungsstrafe, den Bewohnern der Provinzen Osroëna und Mesopotamien, den Einwohnern des Dorfes Syndago und den Juden von Tyras in Erinnerung gebracht.

[155] Mommsen a. a. O. p. 1010 und die daselbst in A. 2. cit. Stellen.

hervorgehoben, wie wenn sie die Hauptstrafe wäre. Nach Mommsen[156] gehört eine solche Vermögenseinziehung in den Kreis der Universalsuccessionen. Das Vermögen wird behandelt wie beim Testament, der Fiskus regelmässig als Testamentserbe und vorhandene Kinder des Verurteilten als Enterbte angesehen. Justinian will nun durch Erlass der Novelle 12, wie er dies schon in der Einleitung und zu Anfang des 1. Kapitels betont, nicht die unschuldigen Kinder für das Verbrechen des Vaters büssen lassen und verfügt deshalb im 2. Kapitel: „Sind aus früherer rechtmässiger Ehe Descendenten vorhanden, so soll diesen an Stelle des Fiskus die väterliche Erbschaft zufallen". Aus den erwähnten Gründen wird dieser Bestimmung nun noch hinzugefügt: „denn durch die Strafe des Vaters sind die Kinder zwar *sui iuris* geworden (sie können also für sich selbst erwerben), andererseits entbindet sie aber weder der neue Status noch die Bestrafung des Vaters von ihrer Alimentationspflicht gegenüber demselben. Mag dieser auch ein gottloser Gesetzesverächter sein und deswegen mit einer so hohen Strafe belegt werden, dass er aller seiner bürgerlichen Rechte verlustig geht, so verworfen ist er nicht, dass ihm die aus dem natürlichen Eltern- und Kindesverhältnisse entspringenden natürlichen Ansprüche nicht mehr zugebilligt werden könnten". Besser als der Gesetzestext selbst kann kein Kommentar die herrschende Lehre widerlegen.

## III.

## Interpretation der l. 2 C. de infant. expos. 8, 51 (52).[157]

Als weitere Beweisstellen für die Behauptung, dass der Vater die Gewalt *ipso iure* zur Strafe verliere, wenn er das

---

[156] a. a. O. p. 1003.

[157] Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp. *Unusquisque subolem suam nutriat. quod si exponendam putaverit animadversioni quae constituta est subiacebit. Sed nec dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodam-*

Kind aussetzt, citieren ältere Juristen l. 4 C. de infant. expos. 8, 51 (52) und Nov. 153 cap. 1. Buchholtz[158] hat nachgewiesen:

*a.* dass die l. 4 C. de infant. expos. mit cap. 1 Nov. 153 identisch ist, und durch ein Versehen des Pacius, der hier dem Leunklavius gefolgt, als *lex restituta* in den Codex gekommen ist.[159] Seither wird diese Stelle nicht mehr in der deutschen Literatur[160] citiert. Auch findet sie sich nicht mehr in der von *Schoell* besorgten Ausgabe des Codex.

*b.* Dass die Nov. 153 nur von der Gewalt über Sklaven handelt. Auch diese Novelle findet sich seither in der deutschen Literatur nur noch selten, und nur zur Vergleichung citiert. Soweit dies in Lehrbüchern des gemeinen Rechts geschieht, ist jedoch nicht ersichtlich, ob massgebend hierzu das oben erwähnte Moment ist, oder der Umstand, dass die Stelle eine unglossierte ist. Ebenso selten citiert wird sie in der französischen Literatur.[161]

Als einzige Beweisstelle für das römische[162] Recht bleibt somit l. 2 C. de infant. expos. 8, 51 (52).

*A.* Zur herrschenden Lehre kann unseres Erachtens nur folgende Interpretation dieser Stelle geführt haben:

Das im Jahre 374 von den Kaisern Valentinianus Valens und Gratian erlassene Gesetz bezieht sich auf die aus dem

---

*modo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit: nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit.* D. III non. Mart. Gratiano A. III et Quitio conss.

[158] a. a. O.

[159] Ebenso Biener, Revision des Just. Codex in Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft VII p. 318 ff.; Witte, Die leges restitutae des Just. Cod. p. 212.

[160] Dagegen immer noch in einem Teil der französischen, so z. B. Drucker a. a. O. p. 122.

[161] Vgl. z. B. Taudière; Buis; Gegout, Monnier an den in A. 98 citierten Orten. Dagegen citieren Nov. 153 Cornil, Contributions à l'étude de la puissance paternelle (Paris 1897) p. 24; Tétu, a. a. O. p. 75; Drucker a. a. O. p. 123 N. 1.

[162] Für das gemeine Recht kommt dagegen c. un. X de inf. expos. 5, 11 in Betracht. Vgl. A. 24.

Jahre 331 stammende Constantinische Verordnung,[163] welche diejenigen, welche das mit Wissen und Willen des Vaters ausgesetzte Kind aufgenommen und auferzogen haben, gegen eine Rückforderungsklage von seiten der Aussetzer schützen soll, nach welcher also mit anderen Worten die Aussetzung des Kindes den Verlust der Gewalt zur Folge hat. Durch den zweiten Teil der l. 2 C. de infant expos. wird die im ersten Teil ausgesprochene Strafe auf Herrn und Patronen ausgedehnt *(nec)*[164] und zugleich noch einmal gesagt, worin die Strafe besteht. Die von Honorius und Theodosius a. 412 erlassene l. 2 C. Th. 5, 7 wäre dann eine Wiederholung dieser zweiten Hälfte, da sie mit ihr im Wortlaut übereinstimmt.[165] Weil nun von den drei genannten vorjustinianeischen Gesetzen nur die Verordnung von Valentineanus, Valens und Gratian in den Codex Justinianeus aufgenommen worden ist, so muss umgekehrt aus der Konjunktion *nec* entnommen werden, dass, was für Patronen und Herren gilt, sich auch auf die Väter, von denen die erste Hälfte handelt, bezieht. Wir erhalten also eine Wechselbeziehung zwischen den beiden Hälften, indem *a.* durch die erste der in der zweiten erwähnte Gewaltverlust als Strafe bezeichnet wird und *b.* umgekehrt aus der zweiten Hälfte hervorgeht, dass die in der ersten genannte Strafe in dem Gewaltverlust besteht. Da sich nun die erste Hälfte auf die Väter, die zweite auf Herren und Patronen bezieht, ergibt sich der Satz: Sowohl Väter als auch Herren und Patronen verlieren die Gewalt über das von ihnen ausgesetzte Kind zur Strafe.[166]

---

[163] So Buchholtz a. a. O.

[164] So Drucker a. a. O. p. 128.

[165] So Cornil a. a. O. p. 21.

[166] Mit dieser Interpretation wäre nicht nur der Beweis für die Richtigkeit der herrschenden Lehre geleistet, sondern zugleich in verdienstvoller Weise die berüchtigte verzwickte Gesetzestechnik mancher kaiserlicher Constitutionen ad exemplum demonstriert. Allerdings müsste in diesem Falle nach der überwiegenden und richtigen Meinung ein Vorwurf nicht den Kaisern Valentinianus, Valens und Gratian gemacht werden, sondern den Compilatoren Justinians. Diese haben nämlich zweifellos die l. 2 C. 8, 51 aus einem Gesetz der genannten Kaiser aus dem Jahr 379, welches in den uns

*B.* Ohne auf eine Erklärung ihrer Entstehung einzutreten, glaubte Buchholtz in der genannten Abhandlung gegen die herrschende Lehre einwenden zu können, die ganze l. 2 C. de infant. expos. 8, 51 (52) beziehe sich nur auf Sklavenkinder[167] „*Unusquisque subolem suam nutriat*" leide auch die Erklärung „*unusquisque subolem, quae in suo dominio est, nutriat.*" Dass aber nur dies bezeichnet werden solle, gehe aus den unmittelbar folgenden Worten „*quodsi exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est, subiacebit*" hervor, weil darin unverkennbar (!) die Beziehung auf eine Verordnung Constantins (l. 1 C. Th. de expos. 5, 7) liege, wornach die Vindikation eines solchen mit Willen und Wissen ausgesetzten *partus*, dem Herrn desselben entzogen sein soll. Auch zeige sich in den folgenden Worten der l. 2, „*dominis vel patronis*," nur die Beziehung auf wirkliche und gewesene Sklaven. Da l. 1 C. Th. de expos. nicht in den Codex Justinianeus aufgenommen worden sei, müsse unsere Stelle auf die nächstfolgende bezogen werden, worin Justinian vorschreibe, dass keiner einen solchen *expositus* als Sklaven oder als *ascriptitius* vindizieren könne. Ausserdem lasse sich ein positives Argument vorbringen, woraus hervorgehe, dass Aussetzung nach Justinianeischem Recht kein *modus tollendae patriae potestatis* war, denn aus l. 16 C. de nuptiis 5, 4 gehe hevor, dass der Vater eines ausgesetzten Kindes zu dessen Heirat seinen Konsens geben, also ein aus der *patria potestas* entspringendes Recht ausüben könne.

Diese Argumentation vermochte immerhin Sintenis[168] und wohl auch Roth[169] zu überzeugen, Stölzel[170] ins Schwan-

überlieferten Teilen des Codex Theodosianus fehlt und aus einer Constitution von Honorius und Theodosius vom Jahr 412 (nämlich l. 2 C. Th. 5, 7) komponiert (so schon Noodt im Julius Paulus cap. VI, in opera omnia, Lyon 1735, p. 575) und nach der Regel dieser komponierten Constitution die Inscriptio und Subscriptio derjenigen gegeben, welche ihren Anfang bildet.

[167] Diese Meinung scheint auch in Frankreich aufgetaucht zu sein; vgl. Drucker a. a. O. p. 122.

[168] a. a. O. § 143 A. 8 (p. 180).

[169] a. a. O. p. 446 A. 4.

[170] a. a. O. p. 17.

ken zu bringen. Dass ihr Erfolg nicht grösser war, ist nicht zu verwundern, denn

1. ignoriert Buchholtz, dass durch die Worte *sed nec* die *patroni* und *domini* in Gegensatz zu dem Subjekt der ersten zwei Sätze gestellt sind.
2. spricht die l. 1 C. Th. de expos.[171] auch dem Vater des mit seinem Willen und Wissen ausgesetzten Kindes das Vindikationsrecht ab. Somit würde die Buchholtzsche Annahme, *animadversio* beziehe sich auf diese Stelle, gerade gegen seine Behauptung und für die herrschende Lehre sprechen.
3. muss l. 16 C. de nupt. 5, 4 für den Codex Justinianeus als antiquiert bezeichnet werden. Sie gehört vorconstantinischem Rechte an, nach welchem der Vater gegen Erstattung der Alimentationskosten das Kind vom *nutritor* zurückfordern kann.[172]

*C.* Gegen die herrschende Lehre spricht aber folgendes:

Wie wir unter *A.* ausgeführt haben, ist sie nur haltbar, solange unter *animadversio* der Gewaltverlust verstanden wird. Die Mehrzahl der Juristen hat aber *animadversio proposita* nie-

---

[171] Sie lautet: „*Quicumque puerum vel puellam de domo patris vel domini voluntate scientiaque expositum collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus summovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint.*

[172] Quintilian Declam. 278: „*Vis scire quam non fueris? recipere illum, nisi solutis alimentis non potuisti. Lex tibi alienus est et tibi ut pater esse incipiamus emendus*“. — Plinius Epist. X, 72, „*nec assertionem denegandam iis (i. e. liberis natis, expositis, deinde sublatis a quibusdam et in servitute educatis) qui ex eiusmodi caussa in libertatem vindicabuntur, puto, neque ipsam libertatem redimendam pretio alimentorum*“ (Trajan). — Rein, Kriminalrecht der Römer p. 444 A*; Platz a. a. O. p. 21 und die an beiden Orten citierten Beweisstellen. — Die im Text geäusserte Ansicht vertritt schon Gothofred Comm. ad l. 1 C. Th. de expos. — Die Worte „*in hoc solummodo casu*“ in l. 16 C. de nuptiis erklärt Cuiacius Obs. XVI, 36 als Glosse. A. M. Cornil a. a. O. p. 19 A. 4.

mals so gedeutet. Während bis auf die jüngste Zeit den Worten des Paulus *„necare videtur et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet“* [173] nur bedingter Glaube geschenkt wurde,[174] wird jetzt allgemein angenommen, dass die Römer ein besonderes Delikt der Aussetzung nicht gekannt, sondern diese als Fall der Tötung behandelt haben.[175] Damit

[173] (Sent. II) l. 4 D. de acnosc. et al. lib. 25, 3.

[174] Heftiger Streit entbrannte zu Anfang des 18. Jahrhunderts zwischen Noodt, Julius Paulus sive lib. sing. de part. expos. et nece apud. vet. Lugd. Bat. 1700; Amica responsio 1722 (Duplik) und Bynkershoek, De jure occ. vend. et expon. lib. ap. Rom. Lugd. 1719 (Replik); Curae secundae de iure occ. vend. et expon. lib. ap. vet. Rom. 1723 (Triplik), über die Frage, ob bis zum Jahre 374, aus welchem unsere Constitution stammt, Aussetzung straflos gewesen sei, oder ob schon früher und welche Strafen dafür bestanden haben. Die Controverse produzierte eine ziemlich umfangreiche Literatur. Siehe dieselbe zusammengestellt von Platz a. a. O., Vorbemerkung. Die Glosse hatte *animadversio* auf l. 1 § 4 D. de agnosc. et al. lib. und l. 9 C. de patr. pot. bezogen. Dagegen Noodt in Julius Paulus cap. VI. Die verschiedenen Meinungen finden sich zusammengestellt von Rein a. a. O. p. 443 A*, der selbst noch unschlüssig ist. Hätte man von Anfang an den Worten des Paulus Glauben geschenkt und konsequenterweise angenommen, dass sich dieselben auf alle Personen, welche das Verbrechen der Aussetzung begehen, beziehen, der Vater aber natürlich so lange unbestraft bleiben muss, als ihm das Tötungsrecht zusteht, so hätte der unerfreuliche Streit vermieden werden können.

[175] Mommsen a. a. O. p. 619; Binding. Grundriss d. Str. R. II p. 21; v. Liszt a. a. O. p. 332; Platz a. a. O. p. 22; vgl. auch l. 1 C. Th. de alim. quae inop. 11, 27; l. 3 § 2 C. 8, 51; Nov. 153 praef. u. cap. 1, wo überall Aussetzung als Mord behandelt wird. Von nichtjuristischer Seite, namentlich von den gegen die Aussetzung eifernden Kirchenschriftstellern wird ebenfalls Aussetzung immer dem Morde gleichgestellt: Tertullian Apol. 9: *„Siquidem et de genere necis differt, utique crudelius in aqua spiritum extorquetis, aut frigori, et fami, et canibus exponitis“* — ad nationes 1, 15: *„Atquin hoc asperius, quod frigore, et fame aut bestiis eos obiicitis aut longiore in aquis morte summergitis“* — Minucius Felix, Oct., c. XXX: *„.... Ethnici et pueros recens natos crudeliter exponunt ... Christianis homicidum nec videre fas nec audire“*. — Lactantius, Divin. instit. 5, 9: ... *„qui natos ex se pueros aut strangulent, aut si nimium pii fuerint, exponant“* — ibid. 6, 20: ... *„Quid illi, quos falsa pietas cogit exponere? Non possunt innocentes existimari, qui viscera sua in praedam canibus obiiciunt, et quantum in ipsis est, crudelius necant, quam si strangulassent? ... Tam igitur nefarium est exponere, quam necare“*.

ist auch die zuerst von Lipsius[176] aufgestellte und nachher von Noodt[177] weiter ausgeführte Annahme die herrschende geworden.[178] Diese haben nämlich behauptet, dass sich die erste Hälfte unserer Constitution auf den von denselben Kaisern Valentianus, Valens und Gratian einen Monat früher an denselben Praefectus Praetorio Probus gerichteten Erlass[179] beziehe, nach welchem Tötung eines Kindes mit dem Tode bestraft wird. Allerdings geht nun mit der durch Verhängung der Todesstrafe eintretenden *capitis deminutio maxima* auch die väterliche Gewalt unter,[180] aber diese Tatsache hat natürlich mit der herrschenden Lehre nichts zu tun. Da die zweite Hälfte der l. 2 C. de infant. expos. nur von *domini* und *patroni* spricht, so kann aus dieser Stelle also gar nicht entnommen werden, dass wegen Aussetzung des Kindes die *patria potestas* untergeht,[181] sondern nur, dass der Vater, der sein Kind aussetzt, wegen *parricidium* mit der Säckung zu bestrafen ist.[182]

---

[176] Cent. I. Ad Belgas epist. 85.

[177] Julius Paulus cap. IX.

[178] Vgl. Krueger, Ausgabe des Codex Just. p. 379 N. 17 mit p. 361 N. 18.

[179] l. 7 (8) C ad legem Corneliam de sicariis 9, 16 (= l. 1 C. Th. 9, 14): Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp. *Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendum.* P. P. VII id Febr. Romae Gratiano A. III et Equitio conss. (a. 374).

[180] Mommsen, a. a. O. p. 947 und die in A. 1 daselbst angeführten Belegstellen.

[181] Richtig bemerkt Keller, Pandekten 779 A. 12, dass sich die Stelle (gemeint ist der 2. Teil im Gegensatz zu Buchholtz) nur auf Sklaven beziehe. Dagegen ist Beweisstelle für das gemeine Recht, für welches die Richtigkeit der herrschenden Lehre bezüglich der Aussetzung von uns nicht bestritten wird, c. un. X. de inf. expos. 5, 11 (vgl. A. 5). Diese kann daher allein, l. 2 C. 8, 51 höchstens zur Vergleichung citiert werden, wie dies richtigerweise von Keller und Brinz (Pandekten 1 [1] § 10) geschieht, nicht aber umgekehrt l. 2 C. 8, 51 als Hauptstelle, c. un. X. de inf. expos. 5. 11 zur Vergleichung, wie Windscheid Pandekten § 525 A. 18 und Andere es tun.

[182] Immerhin dürfte ein Verlust der Gewalt auch nach justinianeischem Recht nicht nur für aussetzende Patronen und Herren eintreten, wenn auch diese in l. 2 und l. 3 C. 8, 51 einzig genannt sind. l. 3 pr. spricht

Wir können aber das Prinzip, dass wegen Nichterfüllung der Elternpflicht zur Strafe die väterlichen Rechte untergehen, auch nicht in der l. 1 C. Th. de expos. erkennen. Die Absicht Constantins scheint nicht zu sein, wie Gothofred[183] annimmt, *„hoc modo metuque improbo exponendorum liberorum mori occurrere atque adeo parentes et dominos ab exponendis liberis et servis detenere“*, sondern einzig und allein, durch in Aussichtstellung materieller Vorteile zur Aufnahme ausgesetzter Kinder aufzumuntern.[184] Diese Stelle will das Verhältnis zwischen *nutritor* und *expositus* regeln, nicht das zwischen *exponens* und *expositus*.

---

von *expositi ab ingenuis genitoribus procreati* und sagt darauf in § 1, dass alle Aufgenommenen *sibi adquirant*. Wiewohl sich dies nach dem Inhalt der Constitution auf das Verhältnis zu den Nutritoren bezieht, so könnte doch eine nicht allzu ängstliche Interpretation das *sibi adquirere* auch als *sui esse* gegenüber den aussetzenden Eltern auffassen. In der deutschen Literatur fanden wir l. 3 h. t. nirgends als Beweisstelle für die herrschende Lehre angegeben, dagegen findet sie sich als solche bei Drucker a. a. O. p. 123 A. 1, der unter dem *sibi adquirere* Freiheitserklärung *„erga omnes“* versteht.

[183] Comment. ad h. l.

[184] Constantin sucht der weit verbreiteten Unsitte der Kindestötung nicht nur durch strenge Strafbestimmungen (l. un. C. 9, 17), sondern auch dadurch entgegenzutreten, dass er *„propter nimiam paupertatem egestatemque“* den Verkauf der Neugebornen gestattet (l. 2 C. de patr. qui fil. distr. 4, 43) und armen Eltern Unterstützung von seiten des Fiscus und aus der kaiserlichen Privatschatulle in Aussicht stellt. (C. Th. lib. XI, tit. 27 de alimentis, quae inopes parentes de publico petere debent). Diese constantinische „Kinderschutzgesetzgebung“ dürfte nicht aus politischen Rücksichten hervorgegangen, sondern unter dem Einfluss der christlichen Kirche entstanden sein, deren Bischöfe ja einen äusserst heftigen Kampf gegen die „heidnische“ Aussetzung führten. Vgl. die Zusammenstellung diesbezüglicher Äusserungen der Kirchenschriftsteller in Noodt Julius Paulus cap. IX und namentlich bei Cornil a. a. O. p. 25 ff. Der Tit. 27 lib. XI. C. Th. ist nicht in die Justinianeische Gesetzgebung aufgenommen. Es scheint mir fraglich, ob es nicht eine höchst irrationelle Anwendung christlicher Moralgrundsätze war, wenn Justinian alle ausgesetzten Kinder für frei erklärte, um dadurch zu verunmöglichen, aus deren Aufnahme und Ernährung irgend welchen materiellen Vorteil zu ziehen .... *„neque his qui eos expositos pietatis ratione suadente sustulerunt, ferendi sunt denuo suam mutantes sententiam et in servitutem eos retrahentes, licet ab initio huius modi cogitationem habentes ad hoc prosiluerint, ne videantur quasi mercimonio contracto*

Der *nutritor* soll das Recht erhalten, das aufgenommene Kind als Sklaven oder Sohn zu behandeln und zu behalten. In diesem Recht soll er nicht durch eine Vindikationsklage des Vaters oder ehemaligen Eigentümers gestört werden.[185] Aus dieser Bestimmung kann sicherlich nicht entnommen werden, dass der Gewaltverlust zur Strafe eintritt. Dagegen spricht auch, dass, wenn wir mit der jetzt herrschenden Meinung[186] den oben erwähnten Paulinischen Satz als im römischen Recht geltend acceptieren, schon a. 331, da die l. 1 C. Th. de expos. erlassen wurde, der Vater, welcher sein Kind aussetzt, wegen Parricidium mit der Säckung bestraft wurde.[187] Und nun sollte der Kaiser Konstantin, der 10 Jahre früher das Verwandtenmord-Gesetz erlassen hatte, wirklich geglaubt haben, er könne dem Verbrechen der Aussetzung durch Androhung des Gewaltverlustes noch wirksamer entgegentreten?[188] Darf wirklich aus den Wor-

---

*ita pietatis officium gerere*". ... (l. 3 C. J. 8, 51). Es scheint allerdings häufig vorgekommen zu sein, dass Findelkinder verkrüppelt wurden, um sie zum Betteln zu gebrauchen (Seneca Controv. X, 4 und V, 33; Lactantius, Divin. instit. 6, 20; Quintil. declam. 278; Minucis Felix 30), oder dass sie in jungem Alter in Kinderbordellen verwendet wurden (vgl. auch Nov. 14, die von Bordelldirnen unter 10 Jahren erzählt). Über das Loos der ausgesetzten Kinder sehr ausführlich Cornil a. a. O. p. 15 ff. Die durch dieses Gesetz verringerte Zahl der Nutritoren mochte aber zum Teil ersetzt werden durch das Aufkommen der Orphanotrophien und Brephotrophien.

[185] Dem *ingenuus expositus* wird jedoch die *vindicatio in libertatem* nicht entzogen dadurch, dass er vom *nutritor* als *servus* behandelt wird. „*Ingenuam natam neque nutritorum sumtus, neque servitutis obsequium faciunt ancillam, neque manumissio libertinam*" (l. 2 C. de ingen. manum. 7, 14). Ausführlich hierüber Cornil a. a. O. p. 19 ff.

[186] S. A. 175.

[187] l. un. C. de his qui parentes 9, 17 ist a. 318—319 erlassen worden.

[188] Es mag allerdings sonderbar erscheinen, dass dem Vater untersagt wird, das Kind vom Nutritor zu vindizieren, da er ja durch Anstellung der Klage sich selbst des schwersten Verbrechens beschuldigen würde, es also wohl ausgeschlossen ist, dass der Vater überhaupt zu klagen wagt. Dies scheint tatsächlich keineswegs der Fall gewesen zu sein. Dass mit dieser Möglichkeit, mit der Frechheit des Aussetzers gerechnet wird, zeigt uns die Einleitung zur Novelle 153, in welcher Justinian befiehlt, die Aussetzer, welche so unvorsichtig seien, durch Anstellung der Vindi-

ten: *„Omni repetitionis inquietudine penitus summovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint“* gefolgert werden, was Gegout ausspricht: C'est là une véritable déchéance de la puissance paternelle encourue contre le père pour abus de son autorité, et instituée en faveur de l'enfant. C'est une dérogation capitale aux vieux principes?“ [189]

Wir behaupten das gerade Gegenteil. Auch hier bleibt das alt-römische Prinzip, dass nur der Wille des Vaters über Sein oder Nichtsein der *patria potestas* entscheidet, aufrecht erhalten, denn juristisch wird der Gewaltverlust nicht mit der Unwürdigkeit, mit der Pflichtversäumnis des Gewalthabers begründet, sondern vielmehr die Aussetzung analog der *derelictio rei* als eine Willensäusserung aufgefasst, aus welcher der Verzicht auf die Rechte an dem Ausgesetzten hervorgeht: *„nec enim suum dicere potest, quem pereuntem contempsit“*. [190]

---

kationsklage ihre eigenen Verbrechen anzuzeigen, mit den schwersten Strafen zu belegen, denn durch Anstellung der Klage fügen sie dem Verbrechen des Mordes noch das der Calumnia hinzu.

[189] a. a. O. p. 18.

[190] l. 2 C. Th. 5, 7 = l. 2 C. J. 8, 51.